اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري

المتوفى ١٨٢ هـ سنة

تحقيق

أحمد فريد المزيدي

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شرف العلماء بقوله: ﴿ هَلۡ يَسۡتَوِي ٱلَّذِينَ يَعۡلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعۡلَمُونَ ﴾ وخص المستنبطين منهم بفصل خطابه: ﴿ فَسۡـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ﴾.

والصلاة والسلام على النبي الأمي الذي قال: «**من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين**» وعلى آله وصحبه نجوم الاهتداء وفقهاء الدين.

وبعد: فإن (اختلاف الأئمة في الفروع رحمة للأمة) وقد اختلف الصحابة -رضي الله عنهم- ومن بعدهم من الفقهاء فيها، ولولا ذلك لضاق الأمر وساد الحرج. وقد أخرج ابن عبد البر في جامع بيان العلم، والخطيب في (الفقيه والمتفقه) كثيرًا من الآثار الواردة في ذلك، حتى دون العلماء قديمًا وحديثًا، اختلاف الأئمة في كتبهم، لئلا يقع الخواص في خرق الإجماع والعوام في الحرج. وإن أقدم من صنف في الاختلاف الإمام الأعظم أبو حنيفة، فإنه ألف كتاب «اختلاف الصحابة» ثم صنف تلميذه الكبير الإمام أبو يوسف القاضي كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» ثم صنف أبو عبدالله محمد بن شجاع الثلجي «اختلاف يعقوب وزفر» ثم صنف الطحاوي «اختلاف الفقهاء» عامة، وابن المنذر «الإشراف في الخلاف» كذلك، وابن جرير «اختلاف الفقهاء» أيضًا إلا أنه جرده عن الدلائل. وأما أبو يوسف فجمع ما اختلف فيه أستاذاه خاصة ولم يلتفت إلى اختلاف غيرهما، كسفيان الثوري، وحسن بن صالح، وشريك بن عبد الله، وابن شبرمة وأمثالهم من مجتهدي الكوفة، لأنه تفقه عليهما، وغرضه جمع ما استفاد منهما مما اختلفا فيه، ليبين قوله معهما متفقا مع هذا ومختلفا مع ذاك مرة وبالعكس مرة أخرى، وليكون ذخيرة وذكرى لمن بعده، وقد رواه عنه صاحبه الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني، ثم اختصره في جملة ما اختصره من كتبه الحاكم أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزي الشهيد وشرحه الإمام السرخسي في مبسوطه مع باقي كتبه. قال في المجلد (٣٠) من مبسوطه في صفحة (١٢٨): «اعلم أن أبا يوسف كان يختلف إلى ابن أبي ليلى في الابتداء فتعلم بين يديه تسع سنين، ثم تحول [1] إلى مجلس أبي حنيفة ... قيل : كان سبب تحول أبي يوسف إلى مجلس أبي حنيفة أنه كان تبع ابن أبي ليلى وقد شهد ملاك رجل فلما نثر

---

(١) وهو كبير على الصحيح، ولازمه ثماني عشرة سنة، كما صحت الرواية عنه بذلك من طرق وقضاء ابن أبي ليلى في الدولتين الأموية والعباسية كان طويل الأمد.

السكر أخذ أبو يوسف -رحمه الله- بعضًا فكره له ذلك ابن أبي ليلى وأغلظ له القول وقال: أما علمت أن هذا لا يحل؟! فجاء أبو يوسف إلى أبي حنيفة رحمه الله فسأله عن ذلك فقال: لا بأس بذلك بلغنا أن رسول الله ﷺ كان مع أصحابه في ملاك رجل من الأنصار فثر التمر فجعل رسول الله ﷺ يرفع ذلك ويقول لأصحابه: «انتهبوا» وبلغنا أن النبي ﷺ في حجة الوداع لما نحر مائة بدنة أمر بأن يؤخذ له من كل بدنة قطعة ثم قال: «من شاء أن يقتطع فليقتطع» فهذا ونحوه من الهبة مستحسن شرعًا. فلما تبين له تفاوت ما بينهما تحول إلى مجلس أبي حنيفة. وقيل: كان سبب ذلك أنه كان يناظر زفر رحمه الله وتبين له بالمناظرة معه تفاوت ما بين فقه أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله فتحول إلى مجلس أبي حنيفة، ثم أحب أن يجمع المسائل التي كان فيها الاختلاف بين أستاذيه فجمع هذا التصنيف وأخذ ذلك محمد رحمه الله وروى عنه ذلك، إلا أنه زاد بعض ما كان سمع من غيره، فأصل التصنيف لأبي يوسف، والتأليف لمحمد رحمة الله عليهما، فعد ذلك من تصنيف محمد، ولهذا ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر.

ويعلم من قول السرخسي هذا أن كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى»[1] من أجزاء «الأصل» ولولا ذلك لما اختصره الحاكم في كتابه، وأيضًا يدل عليه شرح السرخسي له وعده من تصانيف محمد، لكن النسخ التي رأيتها من «الأصل» أو رأيت فهارس كتبه من نسخ مكة المكرمة ومصر واستنبول ليس فيها شيء من هذا الكتاب إلا في جزء منه مما في دار الكتب المصرية على ما كتب لي فهرسه فضيلة الأستاذ رضوان محمد رضوان وأرسله إلي من القاهرة، فإن في كتاب الوديعة وكتاب العارية منه ما ذكر فيه من مسائل الوديعة والعارية بعنوان باب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الوديعة وفي العارية، وطلبت منه نسخ البابين فأرسلهما إلي فوجدتهما مثل ما في هذا الكتاب، فلعل بعض نسخ «الأصل» حوته متفرقًا في كل الكتاب لا مجتمعًا في مقام واحد، وأظنه من صنيع بعض رواة «الأصل» والله أعلم بحقيقة الحال.

فهذا الكتاب جليل القدر، عظيم الشأن، نادر الوجود. احتج فيه بأحاديث وآثار مرفوعة وموقوفة مسندة ومنقطعة من بلاغاته، فأحبت لجنة إحياء المعارف النعمانية أن

---

(١) قلـــت: «نقل السرخسي عنه مصرحا باسمه في كتابه العظيم المبسوط في هذه المواضع : (٢/ ١٨٧)، (٥/١٠٨)، (٣٠/١٢٨)، وكـــذلك علاء الدين الكاساني في بدائع الصنائع (١/٢٢٠)، (٢/٢٨)، وابن عبد البر في التمهيد (٤/٢٧٩).

تنشره فلم نجد له إلا نسخة واحدة في الهند، فارتأت اللجنة أن أسعى في تصحيحه، وشرح بعض غريب لغته، وإيضاح بعض مسائله، وتخريج أحاديثه، وتراجم رجاله، فقمت بهذه المهمة على قدر استطاعتي مع قصر باعي وقلة بضاعتي، مستعينًا بالله تعالى. فصححته بقدر وسعي، وخرجت أحاديثه وعزوتها إلى مخرجيها ما وجدت إلى ذلك سبيلا، ولا يكلف الله نفسًا إلى وسعها، وترجمت رجال أحاديثه ناقلا من الكتب المشهورة في فن الرجال كتهذيب التهذيب، والخلاصة، وتعجيل المنفعة، ولسان الميزان وغيرها، ولم أترجم للصحابة إلا نادرًا لأنهم كلهم عدول مشاهير، ومن ترجمت له من الصحابة إنما ترجمت له في ضمن تراجم أبنائهم للمناسبة أو لعدم شهرتهم، وشرحت غريبه بمدد الكتب الشهيرة في اللغة كالمغرب في مصطلح الفقه، ومجمع بحار الأنوار لغريب الحديث وغيرهما.

أما ترجمة راوي الكتاب الإمام محمد بن الحسن الشيباني فمن شاء أن يطلع عليها فعليه ببلوغ الأماني لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد زاهد الكوثري حفظه الله فإنه استوعب وأجاد جزاه الله عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء .

وأما ترجمة الإمام الأعظم، وأبي يوسف القاضي مصنف الكتاب فمبسوطة في كتب المناقب، والطبقات، والرجال، والتاريخ، تركناها هنا للاختصار.

وأما ابن أبي ليلى فهو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، الأنصاري، الكوفي، الفقيه، قاضي الكوفة، وأحد الأعلام. قال في تهذيب التهذيب: روى الزبير المكي، وعطاء بن أبي رباح ، وعطية، وعمرو بن مرة، وسلمة ابن كهيل، والمنهال بن عمرو، وداود بن علي، والأجلح بن عبد الله، وإسماعيل بن أمية، وحميضة بن الشمرذل. قلت: والشعبي، والحكم وغيرهم كما في تذكرة الحفاظ، روى عنه ابنه عمران، وقريبه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى، وزائدة، وابن جريج، وقيس بن الربيع، وشعبة، والثوري، وعيسى بن يونس، ومحمد بن الربيع، ووكيع، وعلي بن هاشم بن البريد، وعبيد الله بن موسى، وأبو نعيم. قلت: وأبو يوسف القاضي، وعبد الله بن داود الخريبي، وآخرون. قلت: روى له الأربعة في سننهم، وكان ثقة، صدوقا. وتكلموا في حفظه فقالوا: شغل بالقضاء فساء حفظه. قال في تهذيب التهذيب: وقال أبو حاتم عن أحمد بن يونس: ذكره زائدة فقال: كان أفقه أهل الدنيا. وقال العجلي: كان فقيها، صاحب سنة، صدوقا جائز الحديث، وكان عالمًا بالقرآن، وكان من أحسب الناس، وكان جميلا نبيلا، وأول من استقضاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفي. وقال ابن أبي خيثمة عن يحيى بن معين:

ليس بذاك. وقال أبو زرعة: ليس بأقوى ما يكون. وقال أبو حاتم: محله الصدق، كان سيئ الحفظ، شغل بالقضاء فساء حفظه، لا يتهم بشيء من الكذب إنما ينكر عليه كثرة الخطأ، يكتب حديثه ولا يحتج به...إلخ.

قال الحافظ ابن حجر: قلت: له ذكر في الأحكام من صحيح البخاري، قال: أول من سأل على كتاب القاضي البينة ابن أبي ليلى وسوار. قال ابن حبان: كان فاحش الخطأ؛ رديء الحفظ، فكثرت المناكير في روايته، تركه أحمد، ويحيى «أي ابن معين» وقال الدارقطني: كان رديء الحفظ، كثير الوهم. وقال ابن جرير الطبري: لا يحتج به. وقال يعقوب بن سفيان: ثقة عدل، في حديثه بعض المقال، لين الحديث عندهم.

وقال صالح بن أحمد عن ابن المديني: كان سيئ الحفظ، واهي الحديث. وقال أبو أحمد الحاكم: عامة أحاديثه مقلوبة. وقال الساجي: كان سيئ الحفظ لا يتعمد الكذب فكان يمدح في قضائه فأما في الحديث فلم يكن حجة. قال: وكان الثوري يقول: فقهاؤنا ابن أبي ليلى، وابن شبرمة. وقال ابن خزيمة: ليس بالحافظ وإن كان فقيهًا عالمًا. قلت: وذكره في تذكرة الحافظ فقال ج١ ص١٦٢ «قال أحمد بن يونس: كان ابن أبي ليلى أفقه أهل الدنيا. وقال العجلي: كان فقيهًا صدوقًا، صاحب سنة، جائز الحديث، قارئًا، عالمًا بالقرآن، قرأ عليه حمزة. وقال أبو زرعة: ليس هو بأقوى ما يكون. وقال أحمد: مضطرب الحديث. قلت: حديثه في وزن الحسن ولا يرتقي إلى الصحة لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة. مات في شهر رمضان سنة ثمان وأربعين ومائة. وقال أبو حفص الأبار عنه: قال: دخلت على عطاء فجعل يسألني وكأن أصحابه أنكروا ذلك فقال: وما تنكرون؟ هو أعلم مني»

وأبوه عبد الرحمن من كبار التابعين، الثقات الأعلام، ولد لست بقين من خلافة عمر ﷺ. وجده أبو ليلى الأنصاري، يقال اسمه يسار، وقيل بلال، وقيل بليل، وقيل داود، وقيل أوس، وقيل لا يحفظ اسمه. له صحبة، شهد أحدًا وما بعدها. كان من أصحاب علي ﷺ، شهد معه مشاهده وانتقل إلى الكوفة وقتل بصفين معه، ﷺ .

أبو الوفاء الأفغاني

رئيس لجنة إحياء المعارف النعمانية

٢١ رمضان سنة ١٣٥٧هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

قال[١] محمد بن الحسن عن أبي يوسف قال: إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوبًا فخاطه قباء فقال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: أمرتني بقباء، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: القول قول رب الثوب ويضمن الخياط قيمة الثوب. وبه نأخذ [٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الخياط في ذلك. ولو أن الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله، فإن أبا حنيفة ﷺ قال: لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم [٣]. وبلغنا عن علي بن أبي

(١) هذه مسائل الإجارة من باب ضمان الأجير المشترك. ولم يذكر في الأصل لفظ الباب، ولم يذكر الحاكم هذه المسائل في مختصره في هذا الكتاب وذكرها السرخسي في مواضع من كتابه.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضًا. قال الإمام السرخسي ج١٥ ص٩٦ من مبسوطه «ولو أسلم ثوبًا إلى خياط وأمره أن يخيطه قميصًا بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى له» لأنه في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف الخ ثم ذكر ناقلا عن المختصر «فإن قال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: أمرتني بقباء، فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا». وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: القول قول الخياط لإنكاره الخلاف والضمان. والشافعي يقول إنهما يتحالفان لأنهما اختلفا في المعقود عليه. ولو اختلفا في البدل تحالفا إذا كان قبل إقامة العمل فكذلك في المعقود عليه. ولكن هذا لا معنى له هنا لأن رب الثوب يدعي عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعي الأجر دينًا في ذمة رب الثوب، فلا يكون هذا في معنى ما ورد في الأثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد إقامة العمل لا وجه للفسخ «وإن أقاما البينة فالبيّنة بيّنة الخياط» لأنه هو المدعي الإذن في خياطة القباء، والوفاء بالمعقود عليه، وتقرر الأجر في ذمة صاحب الثوب «وإن اختلفا في الأجر فالقول قول رب الثوب» لأنه منكر للزيادة «فالبيّنة بيّنة الخياط» لأنها تثبت الزيادة الخ.

(٣) قال السرخسي في مبسوطه ج١٥ ص١٠٣ في باب متى يجب للعامل الأجر قال: «وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة.وهو قول زفر والحسن بن زياد -رحمهم الله-. وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: هو ضامن إلا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه» كالحرق الغالب. وكذلك الخلاف في كل أجير كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره. والمشترك من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد، ولهذا يسمى مشتركا، ولا خلاف أن أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه، وهو الذي يستوجب البدل بمقابلة منافعه إلخ، ثم بين المسألة بالتفصيل مع الدلائل، فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه.

طالب ﷺ أنه قال: لا ضمان عليهم [1]. وكان ابن أبي ليلى يقول: هم ضامنون لما هلك عندهم وإن لم تجن أيديهم فيه. قال أبو يوسف: هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب.

(١) قلت: أخرجه طلحة بن محمد في مسنده من طريق أبي يوسف عن أبي حنيفة عن بشر الكوفي عن محمد بن علي عن أبيه عن علي بن أبي طالب ﷺ أن النبي ﷺ قال: « لا ضمان على قصار ولا صباغ ولا وشاء» وأخرجه محمد في الآثار عنه عن بشر أو بشير عن أبي جعفر «أن علي بن أبي طالب كان لا يضمن القصار ولا الصباغ ولا الحائك». وأخرجه الكلاعي من طريق محمد بن خالد الوهبي عن الإمام عن يونس بن محمد عن أبي جعفر محمد بن علي عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب «أنه كان لا يضمن القصار ولا الصباغ»

باب الغصب*

قال أبو يوسف: وإذا اغتصب الرجل الجارية فباعها وأعتقها المشتري فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: البيع والعتق فيها باطل لا يجوز، لأنه باع ما لا يملك وأعتق ما لا يملك. وبهذا نأخذ [١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: عتقه جائز وعلى الغاصب القيمة.

قال: وإذا اشترى الرجل الجارية فوطئها ثم اطلع المشتري على عيب كان بها دلسه البائع له، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس له أن يردها بعد الوطء. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب ﷺ[٢] قال أبو يوسف: ولكنه يقول يرجع عليه بفضل ما بين الصحة

---

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا كما هو مصرح في المبسوط، وبدأ الحاكم هذا الكتاب في مختصره بهذه المسألة.

(٢) أخرجه الإمام محمد في الآثار** والحسن بن زياد في مسنده عن الإمام عن الهيثم عن ابن سيرين عن علي بن أبي طالب ﷺ في الرجل يشتري الجارية فيطؤها ثم يجد بها عيبًا قال: «لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب» قال محمد: وبه نأخذ وكذلك إذا لم يطأها وحدث بها عيب عنده ثم وجد بها عيبًا دلسه البائع فإنه لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب، إلا أن يشاء البائع أن يأخذها بالعيب الذي حدث عند المشتري. ولا يأخذ للعيب أرشًا ولا للوطء عقرًا، فإن شاء ذلك أخذها وأعطاه الثمن كله. وهذا قول أبي حنيفة ﷺ. وأخرجه ابن خسرو البلخي من طريق ابن المظفر، والحسن بن زياد عن الإمام عن الهيثم عن الشعبي عن علي ﷺ. وأخرجه البيهقي*** عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد «أي الصادق» عن أبيه عن علي بن حسين عن علي ﷺ ولفظه في رجل اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيبًا قال: لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء، وإن لم يكن وطئها ردها. قال: وكذلك رواه سفيان الثوري وحفص بن غياث عن جعفر بن محمد، وهو مرسل. علي بن حسين لم يدرك جده عليًا. وقد روى عن مسلم بن خالد عن جعفر عن أبيه عن جده عن حسين بن علي عن علي -رضي الله عنهم-، وليس بمحفوظ. قلت: لا بأس به بعد أن رواه الإمام بسند متصل كما ذكرته، والمرسل أيضًا حجة عندنا وعند الأكثر خصوصًا مراسيل مثل الإمام زين العابدين ﷺ وكفاك به حجة! ومسلم بن خالد الزنجي من رجال أبي داود وابن ماجه، ذكره ابن حبان في الثقات، ووثقه ابن معين وقال الساجي: صدوق، وهو من الفقهاء الأعلام.

---

* انظر وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط ابن الجوزي (ص ٣٩٣، ٣٦٨).

** رواه الشيباني في الحجة (٢/٥١٩)، وفي المبسوط له (٥/١٩٨).

*** السنن الكبرى (٥/٣٢٢).

والعيب من الثمن [(١)]. وبه نأخذ [(٢)]. وكان ابن ليلى يقول: يردها ويرد معها مهر مثلها [(٣)]. والمهر في قوله يأخذ العشر من قيمتها ونصف العشر فيجعل المهر نصف ذلك. ولو أن المشتري لم يطأ الجارية ولكنه حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردها في قول أبي حنيفة، ولكنه يرجع بفضل ما بين العيب والصحة.

وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يردها ويرد ما نقصها العيب الذي حدث عنده.

قال: وإذا اشترى الجارية فوطئها فاستحقها رجل فقضى له بها القاضي، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: على الواطئ مهر مثلها على مثل ما يتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ويرجع بالثمن على الذي باعه ولا يرجع بالمهر. وبه نأخذ [(٤)]. وكان ابن أبي ليلى يقول: على الواطئ المهر، على ما ذكرت لك من قوله، ويرجع على البائع بالثمن والمهر لأنه قد غره منها. قال محمد: وكيف يرجع عليه في قول ابن أبي ليلى بما أحدث وهو الذي وطئ؟ أرأيت لو باعه ثوبًا فخرقه أو أهلكه فاستحقه رجل وضمنه بالقيمة أليس إنما يرجع على البائع بالثمن وإن كانت القيمة أكثر منه؟

قال: وإذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبًا فرضي أحدهما بالعيب ولم يرض الآخر، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس لواحد منهما أن يرد حتى يجتمعا على الرد جميعًا. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لأحدهما أن يرد حصته وإن رضي الآخر بالعيب. وبه نأخذ [(٥)].

---

(١) قال في المبسوط ج١٣ ص٩٧: قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن، لأن الجزء الفائت صار مستحقًا بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصة من الثمن، لأنه صار مقصودًا بالمنع فيكون له حصة من الثمن، فطريق معرفة ذلك أن يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها، فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن، وإن كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن إلا أن يقول البائع: ردها علي فأنا أرضى بذلك فحينئذ يردها، لأن المانع من الرد حقه، وقد زال حين رضي به.

(٢) وهو قول محمد أيضًا أفاده السرخسي في ص٩٥ ج١٣

(٣) وفي المبسوط ج١٣ ص٩٥ في باب العيوب في البيوع وقال ابن أبي ليلى: يردها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويرد معها عقرها عشر قيمتها إن كانت بكرًا أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيبًا. قلت: وروي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت -رضي الله عنهما- أفاده السرخسي بعد ذلك.

(٤) وهو قول محمد كما يفهم من المبسوط.

(٥) قلت: وهو قول محمد أيضًا كما أفاده السرخسي في باب خيار العيب ص ٥٠ ج ١٣.

قال: وإذا اشترى الرجل أرضًا فيها نخل وفيه ثمر ولم يشترط شيئًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول [(١)]: الثمر للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري. وكذلك بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «**من اشترى نخلا له ثمر مؤبرة فثمره للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري، ومن اشترى عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري**»[(٢)] وبه نأخذ[(٣)]. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري وإن لم يشترط، لأن ثمرة النخل من النخل.

---

(١) زاد السرخسي النخل للمشتري والثمرة للبائع إلخ.

(٢) أخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن أبي الزبير عن جابر رفعه: «من باع نخلا مؤبرًا أو عبدًا له مال فثمرته والمال للبائع إلا أن يشترط المشتري». وأخرجه الحارثي وابن خسرو وطلحة بن محمد وابن المظفر والأشناني والكلاعي أيضًا. وأخرجه الحسن بن زياد أيضًا في مسنده عنه. وأخرجه الحارثي والأشناني والقاضي أبو بكر عنه عن أبي الزبير عن جابر بلفظ: «من باع عبدًا وله مال فالمال للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلا مؤبرًا فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه أبو يوسف في آثاره بلفظ: «من باع نخلا مؤبرًا أو عبدًا فثمر النخل ومال العبد للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه الشيخان عن ابن عمر بلفظ «من باع نخلا مؤبرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع»*.

(٣) قال السرخسي: وبه أخذ محمد -رحمه الله-، ثم قال: وقال أبو يوسف: إن اشترى الأرض بحقوقها أو مرافقها دخل الثمار في العقد وإلا لم تدخل. فأما على قول محمد وهو قول أبي حنيفة، لا تدخل الثمار إلا بالتنصيص عليها، سواء ذكر الحقوق أو لم يذكر، بمنزلة المتاع في الأرض. وحُكي أن أبا يوسف رحمه الله كان أملى هذه المسألة على أصحابه وكان محمد حاضرًا في المجلس فلما ذكر هذا القول قال محمد رحمه الله في نفسه: ليس الأمر كما يقول، فباداه المستملي هنا من يخالفك رحمك الله! فقال: من هو؟ فقال: محمد بن الحسن. فقال أبو يوسف: ما نصنع بقول رجل قعد عن العلم! أي ترك الاختلاف إلينا، فسكت محمد ولم يجبه احترامًا له. قلت: ولم يذكر هذا التفصيل هنا في المتن فلعله اختاره بعد تصنيف هذا الكتاب، والله أعلم.

---

* رواه البخاري (٧٦٧/٢، ٧٦٨، ٨٣٨، ٩٦٨)، ومسلم (١١٧٢/٣) وابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥٠٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٦/٤)، ومختصر اختلاف العلماء (٩٥/٣).

باب الاختلاف في العيب

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الدابة أو الثوب أو غير ذلك فوجد المشتري به عيبًا وقال: بعتني وهذا العيب به فأنكر ذلك البائع، فعلى المشتري البينة. فإن لم تكن له بينة فعلى البائع اليمين بالله لقد باعه وما هذا العيب به، فإن قال البائع: أنا أرد اليمين عليه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أرد اليمين عليه ولا يحولها[1] عن الموضع الذي وضعها رسول الله ﷺ. وبه نأخذ[2]. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول مثل قول أبي حنيفة ﷺ، إلا أنه إذا اتهم المدعي رد اليمين عليه فيقال: احلف وردها، فإن أبى أن يحلف لم يقبل منه وقضي عليه.

قال: وإذا باع الرجل بيعًا فبرئ من كل عيب، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: البراءة من كل ذلك جائزة ولا يستطيع المشتري أن يرده بعيب كائنًا ما كان. ألا ترى أنه لو أبرأه من الشجاج برئ من كل شجة، ولو أبرأه من القروح برئ من كل قرحة؟ وبهذا نأخذ[3]. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يبرأ من ذلك حتى يسمي العيوب كلها بأسمائها، ولم يذكر أن يضع يده عليها[4].

قال: وإذا اشترى الرجل دابة أو خادمًا أو دارًا أو ثوبًا أو غير ذلك فادعى فيه رجل دعوى، لم يكن للمدعي على دعواه بينة فأراد أن يستحلف المشتري الذي في يديه ذلك المتاع على دعواه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: اليمين عليه ألبتة: بالله ما لهذا فيه حق. وبهذا نأخذ[5] وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أن يحلف بالله ما يعلم أن لهذا فيه حقًا.

قال: وإذا اشترى المشتري بيعًا[6] على أن البائع بالخيار شهرًا أو على أن المشتري بالخيار شهرًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: البيع فاسد ولا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: **«من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام**

---

(١) قوله «ولا يحولها» إلخ أي لا يعتبر تقسيم النبي ﷺ حيث جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٢) وهو قول محمد بن الحسن أيضًا.

(٣) وهو قول أبي حنيفة. والمسألة في ص ٩٥ ج ١٣ من مبسوط السرخسي.

(٤) وروى أصحاب المناقب في مناظرة جرت بينه وبين الإمام بين يدي منصور الخليفة أنه كان مذهبه: أنه لا يبرأ حتى يضع يده على المعيب ونفاه الإمام أبو يوسف بقوله: ولم يذكر إلخ.

(٥) وهو قول محمد أيضًا كما في المبسوط.

(٦) كذا في الأصل ولعله تصحيف (شيئًا).

إن شاء ردها وردَّ معها صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير»[١]فجعل الخيار كله على قول رسول الله ﷺ [٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: الخيار جائز شهرًا كان أو سنة. وبه نأخذ[٣].

قال: وإذا اشترى الرجل بيعًا [٤] على أن البائع بالخيار يومًا وقبضه المشتري فهلك عنده، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: المشتري ضامن بالقيمة لأنه أخذه على بيع. وبه نأخذ[٥]. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو أمين في ذلك لا شيء عليه فيه. ولو أن الخيار كان للمشتري فهلك عنده فهو عليه بثمن الذي اشتراه به في قولهما.

قال: وإذا اشترى الرجل الجارية فباع نصفها ولم يبع النصف الآخر ثم وجد بها عيبًا قد كان البائع دلسه له، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يستطيع أن يرد ما بقي منها ولا يرجع بما نقصها العيب، ويقول [٦]: رد الجارية كلها كما أخذتها وإلا فلا حق لك. وبه نأخذ [٧]. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يرد ما في يده منها على البائع بقدر ثمنها[٨]. وكذلك

---

(١) أخرجه الحافظ ابن المظفر وابن خسرو من طريقه عن زفر عن الإمام عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة ﷺ ولفظه «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها ردَّ معها صاعا من تمر لا سمراء» وأخرجه مسلم هكذا إلا أنه قال: «من ابتاع» وأخرجه الطحاوي من طريق هشام وحبيب عن ابن سيرين. وأخرجه من طريق سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مثله بلفظ «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام فإن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر» وروي هذا الحديث من طرق أخر ولم يذكر فيها لخيار المشتري وقتًا. أخرجه مسلم والبخاري والطحاوي وغيرهم.*

(٢) قال السرخسي في المبسوط ص ٣٨ ج ١٣ بعدما ذكر الحديث: ففيه دليل جواز اشتراط الخيار في البيع. والمراد خيار الشرط، ولهذا قدره بثلاثة أيام. وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي إلى شرط الخيار. والمحفلة: التي اجتمع اللبن في ضرعها. والمحفل : هو المجمع اهـ أي قال بالخيار حسب ما قدره ﷺ بقوله «ثلاثة أيام».

(٣) وهو قول محمد أيضًا كما في المبسوط ص ٤١ ج١٣.

(٤) كذا في الأصل ولعله تصحيف شيئًا.

(٥) وهو قول محمد أيضًا. أفاده السرخسي في مبسوطه ص ٤٦ ج ١٣.

(٦) كذا في الأصل يعني يقول له.

(٧) وبه أخذ محمد أيضًا.

(٨) وفي المبسوط ج ١٣ ص ١٠١ وقال ابن أبي ليلى: له ذلك «أي رد ما بقي منها» إلا أن يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب إلخ.

---

* رواه البخاري (٧٥٥/٢)، وأبو عوانة في مسنده (٢٧٩/٣)، وعبد الرزاق في المصنف (١٩٨/٨)، بلفظ (محفلة). ورواه مسلم (١١٥٨/٣) وابن أبي شيبة (٤٦٠/٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٧/٤، ١٨)، بلفظ (مصراة). ورواه الطحاوي (١٩/١٤)، والبيهقي (٣٢٠/٥) بلفظ (ابتاع).

قولهما[١] في الثياب وفي كل بيع[٢].

قال: وإذا اشترى الرجل عبدًا واشترط فيه شرطًا أن يبيعه من فلان أو يهبه لفلان أو على أن يعتقه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: البيع في هذا فاسد. وبه نأخذ[٣]. وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب ﷺ نحو من ذلك[٤] وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والشرط باطل.

قال: وإذا كان لرجل على رجل مال من [ثمن][٥] بيع فحل المال فأخره عنه إلى أجل آخر، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: تأخيره جائز وهو إلى الأجل الآخر الذي أخره عنه[٦] وبه نأخذ[٧]. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع في ذلك إلا أن يكون ذلك على وجه الصلح منهما.

قال: ولو أن رجلا كان له على رجل مال فتغيب عنه المطلوب حتى حط[٨] عنه بعد ذلك المال على أن يعطيه بعضه ثم ظهر له بعد. فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ما حط عنه من ذلك المال فهو جائز. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع فيما حط عنه لأنه تغيب عنه[٩]

---

(١) أي قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(٢) وفي بيع بعض الطعام روايتان عن أبي يوسف ومحمد في رواية يرد ما بقي، لأنه لا يضره التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا باع اعتبارًا للبعض بالكل، وفي رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة. وأما إذا أكل بعضه ففي رواية عنهما يرجع بنقصان العيب في الكل. لأن الطعام في حكم شيء واحد يرد بعضه بالعيب. وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولى، وفي الرواية الأخرى يرد ما بقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكله — من المبسوط (ص ١٠٢ ج ١٣).

(٣) وبه أخذ الإمام محمد بن الحسن أيضًا — أفاده السرخسي في مبسوطه (ج ١٣ ص ١٣).

(٤) أخرج الأمام محمد في الآثار عن الإمام عن أبي العطوف عن الزهري أن عبدالله بن مسعود ﷺ اشترى جارية من زوجته زينب الثقفية واشترطت عليه أنه إن استغنى عنها فهي أحق بها بثمنها، فلقي عمر بن الخطاب ﷺ فذكر له فقال: ما يعجبني أن تقربها ولأحد فيها شرط. فرجع عبد الله فردها. قال محمد: وبه نأخذ. كل شرط كان في بيع ليس فيه منفعة للبائع أو المشتري أو للجارية فهو فاسد. وأخرجه الحسن بن زياد أيضًا في مسنده وابن خسرو من طريقه. وأخرجه البيهقي في سننه ج ٥ ص ٣٣٦ من طريق مالك عن ابن شهاب (الزهري) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن عبد الله — الحديث.

(٥) زيادة من مبسوط الإمام السرخسي.

(٦) زاد في المبسوط: وليس له أن يرجع عنه.

(٧) وهو قول محمد ﷺ - أفاده السرخسي.

(٨) وفي المبسوط: حتى حط الطالب بعضه ثم ظهر لم يكن له أن يرجع فيما حط عنه.

(٩) ونسخة المبسوط: لأنه كان مضطرًا في هذا الحط.

وبه نأخذ[١].

ولو أن الطالب قال: إن ظهر لي فله مما عليه كذا وكذا، لم يكن قوله هذا يوجب عليه شيئًا في قولهم جميعًا.

قال: وإذا باع الرجل الرجل بيعًا إلى العطاء [٢]، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول في ذلك: البيع فاسد. وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمال حال. وكذلك قولهما في كل مبيع إلى أجل لا يعرف، فإن استهلكه المشتري فعليه القيمة في قول أبي حنيفة ﷺ، وإن حدث به عيب رده ورد ما نقصه العيب، وإن كان قائمًا بعينه فقال المشتري: لا أريد الأجل وأنا أنقد لك المال، جاز ذلك له في هذا كله في قول أبي حنيفة. وبه نأخذ [٣].

باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها*

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل ثمرًا قبل أن يبلغ من أصناف الغلة كلها[٤]، فإن أبا حنيفة ﷺ قال: إذا لم يشترط ترك ذلك الثمر إلى أن يبلغ فإن البيع جائز، ألا ترى أنه لو اشترى قصيلا [٥] يقصله على دوابه قبل أن يبلغ كان ذلك جائزًا؟

قال: ولو اشترى شيئًا من الطلع [٦] حين يخرج فقطعه كان جائزًا.

وإذا اشتراه ولم يشترط تركه فعليه أن يقطعه، فإذا استأذن صاحبه في تركه فأذن له في ذلك فلا بأس بذلك، وبه نأخذ[٧]. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا خير في بيع شيء من ذلك حتى يبلغ، ولا بأس[٨] إذا اشترى شيئًا من ذلك قد بلغ أن يشترط على

---

(١) لم يذكر السرخسي خلافًا في هذه المسألة.

(٢) وفي المبسوط ص ٢٧ ج ١٣: وإن اشترى الرجل شيئًا إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى العطاء أو إلى جذاذ النخل أو رجوع الحاج، فهذا كله باطل. بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) وهو قول محمد ﷺ .

(٤) وفي المبسوط من أصناف الثمار كلها.

(٥) قال في المغرب: القصل : قطع الشيء، ومنه: القصيل وهو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب. والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلا وهو مجاز .

(٦) الطلع: ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق. وأطلع النخل: خرج طلعه. والكم بالكسر والضم: غلاف الثمرة – مغرب.

(٧) وبه أخذ محمد بن الحسن – أفاده السرخسي.

(٨) وعبر في المبسوط عن هذه المسألة باللفظ الآتي: فإن كانت الثمار قد بلغت يعني انتهى عظمها فاشتراها بشرط الترك إلى أجل معلوم، فالعقد فاسد عندنا. وقال ابن أبي ليلى: العقد صحيح.

---

* انظر شرح معاني الآثار للطحاوي (٢٢/٤).

البائع تركه إلى أجل. وكان أبو حنيفة ﷺ يقول: لا خير في هذا الشرط.

قال: وإذا اشترى الرجل أرضًا فيها نخل فيها حمل فلم يذكر النخل ولا الحمل، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: النخل للمشتري تبعًا للأرض، والثمرة للبائع إلا أن يشترط المشتري. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«من اشترى نخلا مؤبرًا فثمرته للبائع إلا أن يستثنيه المشتري»**[١]. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري[٢].

قال: وإذا اشترى الرجل مائة ذراع مكسرة[٣] من دار غير مقسومة أو عشرة أجربة[٤] من أرض غير مقسومة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول في ذلك كله: البيع باطل، ولا يجوز لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار، وكم هو من الأرض، وأين موضعه من الدار والأرض. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز في البيع. وبه نأخذ[٥]. وإن كانت الدار لا تكون مائة ذراع، فالمشترى بالخيار إن شاء ردها، وإن شاء رجع بما نقصت الدار على البائع[٦] في قول ابن أبي ليلى.

---

(١) وقد مر الحديث قبل ذلك ومر تخريجه.

(٢) هذه المسألة مكررة، وقد مرت في أول الكتاب ليس بينهما فرق إلا في بعض الألفاظ.

(٣) قال الإمام السرخسي: المكسرة: المعروفة من الذراع بين الناس، سميت مكسرة لأنها كسرت من ذراع الملك قبضة.

(٤) الأجربة جمع الجريب وهو ستون ذراعًا في ستين. قال قدامة في كتاب الخراج الأشد إذا ضرب في مثله فهو الجريب. والأشد طول ستين ذراعًا والذراع ست قبضات، والقبضة أربع أصابع، قال: وعشر هذا الجريب يسمى قفيزًا، وعشر هذا القفيز عشيرًا فالقفيز عشرة أعشراء، وهي خمسة وعشرون رطلا — مغرب.

(٥) وبه أخذ الإمام الرباني محمدبن الحسن الشيباني. أفاده في المبسوط.

(٦) قال الإمام السرخسي في مبسوطه(ج ٣٠ ص ١٣٦) ثم إذا جاز العقد عندهم فإن كانت مائة ذراع فهي للمشتري، وإن كانت مائتي ذراع فالمشتري يكون شريكًا بقدر مائة ذراع، وإن كانت دون مائة ذراع فللمشتري أن يردها إن شاء لتغيير شرط العقد عليه وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن لأنه سمى جملة الثمن بمقابلة مائة ذراع، فإذا لم يسلم له إلا خمسون ذراعًا لم يكن عليه إلا نصف الثمن. وهذا بخلاف ما لو اشترى الأرض على أنها مائة ذراع فوجدها خمسين ذراعًا واختار أخذها لزمه جميع الثمن. لأن هناك الثمن بمقابلة العين، وذكر الذراع على وجه بيان الصفة، وهنا الثمن بمقابلة ما سمى من الذراع هنا لبيان مقدار المعقود عليه، فإذا لم يسلم له إلا نصف المسمى لا يلزمه إلا نصف الثمن، كما لو اشترى عشرة أقفزة حنطة فوجدها خمسة أقفزة.

قال: وإن كانت الأجام [١] خطورة وقد حظر [٢] فيها سمك فاشتراه رجل فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يجوز ذلك. بلغنا عن ابن مسعود ﷺ أنه قال: لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب ﷺ وإبراهيم النخعي [٣]. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: شراؤه جائز لا بأس به. وكذلك بلغنا عن عمر بن عبد العزيز [٤].

قال: وإذا حبس الرجل في الدين وفلسه القاضي فباع في السجن واشترى وأعتق أو تصدق بصدقة أو وهب هبة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هذا كله جائز، ولا يباع شيء من ماله في الدين، وليس بعد التفليس شيء ألا ترى أن الرجل قد يفلس اليوم ويصيب غدًا مالا؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا عتقه ولا هبته ولا صدقته بعد التفليس، فيبيع ماله ويقضيه الغرماء، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى مثل قول ابن أبي ليلى ما خلا العتاقة في الحجر، وليس من قبيل التفليس ولا نجيز شيئًا سوى العتاقة من ذلك أبدًا حتى يقضي دينه [٥].

قال: وإذا أعطى الرجل الرجل متاعًا يبيعه ولم يسم بالنقد ولا بالنسيئة فباعه

---

(١) الأجمة: الشجر الملتف، والجمع أجم وآجام. وقولهم: بيع السمك الأجمة يريدون البطيحة التي هي منبت القصب أو اليراع- مغرب. والبطيحة: مسيل واسع فيه رمل ودقاق الحصى، واليراع: واحدة يراعة القصب، والقصبة التي ينفخ فيها الراعي.

(٢) الحظر: المنع، ومنه حظيرة الإبل — مغرب.

(٣) أما حديث ابن مسعود فأخرجه البيهقي من طريق أحمد بن حنبل عن محمد سماك عن يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود مرفوعًا: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر» قال: فيه إرسال، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفًا على عبد الله. ورواه أيضًا سفيان الثوري عن يزيد موقوفًا على عبد الله: أنه كره بيع السمك في الماء. وأخرجه أبو يوسف في الخراج عن يزيد عن المسيب عن عبد الله موقوفًا: «لا تبيعوا السمك في الماء فإنه غرر».
وأما حديث عمر ﷺ فأخرجه هو أيضًا في خراجه عن العلاء بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: «لا تبيعوا السمك في الماء فإنه غرر». وأما حديث إبراهيم فأخرجه محمد في آثاره عن الإمام عن حماد عنه أنه كان يكره بيع صيد الآجام وقصبها.

(٤) أخرجه أبو يوسف في خراجه ومحمد في آثاره عن الإمام عن حماد قال: طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام، فكتب إليه عمر أن لا بأس به وسماه الحبس وأخرجه أبو يوسف أيضًا بطريق آخر. وأخرج جوازه عن علي ﷺ أيضًا.

(٥) قلت: وبه قال محمد أيضًا كما ذكره السرخسي في مبسوطه ج ٣ ص ١٣٧ قال: إلا أن عند أبي حنيفة لا سعاية على العبد، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يلزمه السعاية في قيمته للغرماء. وهو بناء على مسألة الحجر بسبب الدين، وقد بينا ذلك في كتاب الحجر.

بالنسيئة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو جائز[١]. وبه نأخذ[٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمأمور ضامن لقيمة المتاع حتى يدفعه لرب المتاع، فإذا خرج الثمن من عند المشترى وفيه فضل عن القيمة، فإنه يرد ذلك الفضل على رب المتاع، وإن كان أقل من القيمة لم يضمن غير القيمة الماضية، ولم يرجع البائع على رب المتاع بشيء، والله تعالى أعلم.

قال: وإذا اختلف البيعان فقال البائع: بعتك وأنا بالخيار، وقال المشتري: بعتني ولم يكن لك خيار، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: القول قول البائع مع يمينه [٣]. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: القول قول المشترى. وبه نأخذ.

قال: وإذا باع الرجل جارية بجارية وقبض كل واحد منهما ثم وجد أحدهما بالجارية التي قبض عيبًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يردها ويأخذ جاريته لأن البيع قد انتقض. وبه نأخذ [٤]. وكان ابن أبي ليلى -رحمه الله- يقول: يردها ويأخذ قيمتها صحيحة، وكذلك قولهما في جميع الرقيق والحيوان والعروض.

قال: وإذا اشترى الرجل بيعًا [٥] لغيره بأمره فوجد به عيبًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يخاصم المشترى ولا نبالي أحضر الآمر أم لا، ولا نكلف المشتري أن يحضر الآمر، ولا نرى على المشتري يمينًا إن قال البائع [إن] [٦] الآمر قد رضي بالعيب. وبه نأخذ[٧]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يستطيع المشترى أن يرد السلعة التي بها العيب حتى يحضر الآمر فيحلف ما رضي بالعيب، ولو كان غائبًا بغير ذلك البلد. وكذلك الرجل معه مال مضاربة أتى بلادًا يتجر فيها بذلك المال، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ما اشترى من ذلك فوجد به عيبًا فله أن يرده ولا يستحلف على رضا الآمر بالعيب. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يستطيع المشتري المضارب أن يرد شيئًا من ذلك حتى يحضر

---

(١) زاد في المبسوط: ولا ضمان على البائع.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضًا – أفاده في المبسوط.

(٣) كذا هنا وفي باب الخيار في البيع من المبسوط خلاف هذه المسألة قال: «وإذا اختلف البائع والمشتري في اشتراط الخيار فالقول قول الذي ينفيه منهما» فالنافي هنا هو المشتري دون البائع؛ولم تذكر هذه المسألة في كتاب الاختلاف من المبسوط، والله أعلم.

(٤) وهو قول محمد أيضًا كما في المبسوط.

(٥) وفي المبسوط ذكرت هذه المسألة في (ص١٢٠ ج ١٣) وفرض المسألة في جارية.

(٦) زيادة من المبسوط.

(٧) وبه أخذ صاحبه أيضًا.

رب المال فيحلف بالله ما رضي بالعيب وإن لم ير المتاع وإن كان غائبًا، أرأيت [(١)] رجلا أمر رجلا فباع له متاعًا أو سلعة فوجد المشتري به عيبًا أيخاصم البائع في ذلك أو نكلفه أن يحضر الأمر رب المتاع؟ ألا ترى أن خصمه في هذا البائع ولا نكلفه أن يحضر الآمر ولا خصومة بينه وبينه، فكذلك إذا أمره فاشترى له فهو مثل أمره بالبيع، أرأيت لو اشترى متاعًا ولم يره أكان للمشتري الخيار إذا رآه أم لا يكون له خيار حتى يحضر الآمر؟ أرأيت لو اشترى عبدًا فوجده أما كان له أن يرده بهذا حتى يخصَّ الآمر؟ بلى له أن يرده ولا يحضره الآمر.

قال: وإذا باع الرجل ثوبًا مرابحة على شيء مسمى فباع المشتري الثوب ثم وجد البائع قد خانه في المرابحة وزاد عليه في المرابحة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: البيع جائز لأنه قد باع الثوب، ولو كان عنده الثوب كان له أن يرده ويأخذ ما نقد إن شاء ولا يحطه شيئًا. وكان ابن أبي ليلى يقول: تحط عنه تلك الخيانة وحصتها من الربح. وبه نأخذ.

قال: وإذا اشترى الرجل للرجل سلعة فظهر فيها عيب [(٢)] قبل أن ينقد الثمن، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: له أن يردها إن أقام البينة على العيب. وبه نأخذ [(٣)]. وكان ابن أبي ليلى -رحمه الله- يقول: لا أقبل شهودًا [(٤)] على العيب حتى ينقد الثمن.

قال: وإذا باع الرجل على ابنه وهو كبير دارًا أو متاعًا من غير حاجة ولا عذر، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ولا يجوز ذلك على ابنه. وبه نأخذ[(٥)]. وكان ابن أبي ليلى يقول: بيعه عليه جائز.

قال: وإذا باع الرجل متاعًا لرجل والرجل حاضر ساكت، فإن أبا حنفية ﷺ كان يقول: لا يجوز ذلك عليه، وليس سكوته إقرارًا بالبيع. وبه نأخذ [(٦)]. وكان ابن أبي ليلى يقول: سكوته إقرار بالبيع.

---

(١) هذه الحجج حجج للإمام أبي حنيفة أوردها على ابن أبي ليلى إما أبو يوسف أو محمد، فسقط، والله أعلم، من الكتاب قبل قوله «أرأيت» شيء نحو قال محمد وكيف يقول ابن أبي ليلى: لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة أرأيت إلخ فإذا قدر مثل هذه العبارة يستقيم سياق العبارة. بل ربما يكون سرد تلك الحجج من الإمام أبي حنيفة نفسه، كما سيأتي نظير لذلك. والله أعلم.

(٢) وفي نسخة المبسوط فطعن فيها بعيب.

(٣) وهو قول محمد – أفاده السرخسي.

(٤) وفي نسخة المبسوط: لا تقبل شهادة شهود.

(٥) وبه أخذ محمد أيضًا.

(٦) وبه قال محمد.

قال: وإذا باع الرجل نصيبًا من داره ولم يسم ثلثًا أو ربعًا أو نحو ذلك أو كذا وكذا سهمًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يجوز البيع على هذا الوجه. وقال أبو يوسف -رحمه الله-: له الخيار إذا علم إن شاء أخذ وإن شاء ترك [١]. وكان ابن أبي ليلى -رحمه الله- يقول: إذا كانت الدار بين اثنين أو ثلاثة أجزت بيع النصيب وإن لم يسم، وإن كانت أسهما كثيرة [٢] لم يجز حتى يسمي.

قال: وإذا ختم الرجل على شراء، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس ذلك بتسليم للبيع حتى يقول: سلمت. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى -رحمه الله- يقول: ذلك تسليم للبيع.

قال: وإذا بيع الرقيق والمتاع في عسكر الخوارج وهو متاع من متاع المسلمين أو رقيق من رقيقهم[٣] قد غلبوهم عليه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يجوز[٤] ويرد على أهله وبه نأخذ[٥]. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز. وإن كان المتاع قائمًا بعينه والرقيق قائمًا بعينه وقتل الخوارج قبل أن يبيعوه رد على أهله في قولهم جميعًا.

قال: وإذا باع الرجل المسلم الدابة من النصراني فادعاها نصراني آخر [٦] وأقام عليها بينة من النصارى، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تجوز شهادتهم، من قبل أنه يرجع بذلك على المسلم [٧] وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: شهادتهم جائزة على النصراني ولا يرجع على المسلم بشيء. وبه نأخذ [٨].

قال: وإذا باع الرجل بيعًا من بعض ورثته وهو مريض، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يجوز بيعه ذلك إذا مات من مرضه. وكان ابن أبي ليلى يقول: بيعه جائز

---

(١) قال الإمام السرخسي: فقد بينا هذه المسألة بوجوهها في آخر الشفعة ولكن هنا ذكر قول أبي حنيفة وحده، وأن البيع جائز إن لم يعلم المشتري بنصيب البائع وله الخيار إذا علم به، وذكر هناك قول محمد مع أبي يوسف، فعن محمد فيه روايتان. قلت: ومسألة الشفعة في ص ١٨٣ ج ١٤ وقال هناك: قول محمد مضطرب فيه، ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة.

(٢) وفي المبسوط: سهامًا كثيرة.

(٣) وفي المبسوط وذلك من مال أهل العدل.

(٤) وفي السبسوط لم يجز البيع.

(٥) أي وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد أيضًا.

(٦) وفي نسخة المبسوط: فاستحقها نصراني من يد المشتري ببينة من النصارى .

(٧) وهو قول محمد أيضًا.

(٨) قال الإمام السرخسي: وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسألة في كتاب الشهادات، وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف.

بالقيمة. وبه نأخذ.

قال: وإذا استهلك الرجل مالا لولده وولده كبير والرجل غني، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو دين على الأب. وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يكون له دين على أبيه، وما استهلك أبوه من شيء لابنه فلا ضمان عليه فيه.

قال: وإذا اشترى رجل جارية بعبد وزاد معها مائة درهم ثم وجد بالعبد عيبًا وقد ماتت الجارية عند المشتري، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يرد العبد ويأخذ منه مائة درهم وقيمة الجارية صحيحة، فإن كانت الجارية هي التي وجد بها العيب وقد مات العبد، ردت الجارية وقسم قيمة العبد على المائة الدرهم على قيمة الجارية فيكون له ما أصاب المائة الدرهم ويرد ما أصاب قيمة الجارية من قيمة العبد. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: إن وجد بالعبد عيبًا رده وأخذ قيمته صحيحًا. وكذلك الدراهم التي هي في يديه (٢).

قال: وإذا اشترى الرجل ثوبين من رجل وقبضهما فهلك أحدهما ووجد بالثوب الآخر عيبًا فأراد رده فاختلفا في قيمة الهالك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: القول قول البائع مع يمينه. وبه نأخذ (٣) وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المشتري.

باب المضاربة*

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا أعطى الرجل الرجل ثوبًا يبيعه على أن ما كان فيه من ربح فبينهما نصفان، أو أعطاه دارًا يبنيها ويؤاجرها على أن أجرتها بينهما نصفان، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول في ذلك كله: فاسد، وللذي باع أجر مثله على رب الثوب ولباني الدار أجر مثله على رب الدار. وبه نأخذ (٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز والأجر والربح بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يجعل هذا بمنزلة الأرض للمزارعة والنخل للمعاملة .

قال: وإذا كان مع الرجل مال مضاربة فأدانه ولم يأمره بذلك رب المال ولم ينهه،

---

(١) وبه قال محمد أيضًا.

(٢) وفي المبسوط: وكانت الدراهم للذي في يديه.

(٣) وبه يأخذ الإمام محمد أيضًا.

(٤) وهو قول محمد أيضًا. وهي مسألة باب المضاربة بالعروض، نظيرها في (ص ٣٥ ج ٢٢) من المبسوط.

* انظر المبسوط للسرخسي (٣٣/٢٢)، والجامع الصغير للشيباني (ص ٤٢٥)، والحجة له (٢٠/٣).

فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا ضمان على المضارب، وما أدان من ذلك فهو جائز. وبه نأخذ[١]. وكان ابن أبي ليلى -رحمه الله- يقول: المضارب ضامن إلا أن يأتي بالبينة أن رب المال أذن له في النسيئة. ولو أقرضه ضمن في قولهما جميعًا، لأن القرض ليس من المضاربة. حدثنا أبو حنيفة عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري[٢]. عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب ﷺ أعطى مال يتيم مضاربة فكان يعمل به في العراق ولا يدري كيف قاطعه على الربح [٣]. حدثنا أبو حنيفة عن عبد الله بن علي[٤] عن العلاء بن عبد

---

(١) وبه قال الإمام محمد أيضًا، وهي مسألة باب ما يجوز للمضارب في المضاربة من المبسوط (ج ٢٢ ص ٣١-٣٩).

(٢) كذا في الأصل. وأخرجه الحافظ طلحة من طريق الإمام أبي يوسف عن الإمام فقال عن عبدالله بن حميد بن عبيد الأنصاري عن أبيه عن جده أن عمر أعطاه مالا مضاربة ليتيم.
وكذا أخرجه ابن خسرو من طريق أبي عمرو بن حبيب عن الإمام.
وأخرجه أبو يوسف في آثاره [ص ١٦٠] ، [٧٣٢] عن الإمام عن حميد بن عبد الله عن أبيه أن عمر – الحديث، فسقط «ابن عبيد». وكذا «عن جده» من أصل الآثار، والله أعلم.
قال في تعجيل المنفعة: حميد بن عبيد الأنصاري الكوفي عن أبيه أن عمر دفع إليه مالا مضاربة، وعنه ابنه عبد الله، وليث بن أبي سليم وثقه ابن حبان قلت: سمى ابن حبان ابنه عبد الله بن عبد الرحمن. وذكر في ترجمة عبد الله بن حميد. ذكره ابن حبان في الثقات.
وذكره في ترجمة عبيد رواه عنه ابنه حميد. قلت: ذكره ابن حبان في الثقات. قلت: وفي تهذيب التهذيب: عبد الله بن عبيد الأنصاري روى عن سعيد بن جبير، وعنه داود بن أبي هند. وقال أبو حاتم: عبد الله بن عبيد الأنصاري قال: كتب إلى رجل من بني زريق في المتلاعنين.
قلت: وكذا قال البخاري. وذكر الخطيب أنه وهم قال: وإنما هو عبد الله بن عبيد بن عمير. بين ذلك سفيان الثوري في روايته عن داود بن أبي هند هذا الحديث. قلت ففي الإسناد قلب: إما عند طلحة وابن خسرو، وإما عند أبي يوسف في كتابيه كما في التعجيل، ولعل الصواب ما ذكره هنا وفي الآثار، وكما ذكره في التهذيب، لأن محمدًا روى هذا الحديث في كتاب المضاربة من «الأصل» نحو ما رواه أبو يوسف، والله أعلم. وأخرجه ابن أبي شيبة بمثل سند طلحة وابن خسرو فقال: عن عبد الله بن حميد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال يتيم مضاربة فطلب فيه فأصاب فقاسمه الفضل – كنز العمال.

(٣) وفي رواية كتاب المضاربة زاد فعمل له بالعراق، وكان يأتي الحجاز فكان يقاسم عمر الربح.

(٤) هو عبدالله بن علي أبو أيوب الإفريقي الكوفي الأزرق، روى عن صفوان بن سليم وعاصم بن بهدلة والزهري وأبي إسحاق السبيعي وزيد بن أسلم وابن المنكدر وجماعة، وعنه موسى بن عقبة من أقرانه ويحيى بن زكريا وعبدالرحيم بن سليمان ومروان بن معاوية ويزيد بن سنان وأبو يوسف القاضي. ذكره ابن حبان في الثقات. قال ابن معين: ليس به بأس. قلت: روى له أبو داود والترمذي – من تهذيب التهذيب. قلت: فوساطة الإمام بينه وبين أبي يوسف لعلها من الناسخ.

الرحمن بن يعقوب[1] عن أبيه[2] أن عثمان بن عفان ﷺ أعطى مالا مقارضة يعني مضاربة[3].

حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن مسعود ﷺ أعطى زيد بن خليدة[4] مالا مقارضة[5].

(١) هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحرقي، أبو شبل المدني مولى الحرقة من جهينة. روى عن أبيه وابن عمر وأنس وأبي السائب ونعيم المجمر وسالم بن عبد الله بن عمر وغيرهم، وعنه ابنه شبل وابن جريج وعبيد الله بن عمر وابن إسحاق ومالك ومسلم الزنجي وشعبة والسفيانان وغيرهم. روى له الخمسة والبخاري في جزئه. ذكره ابن حبان في الثقات. وقال الواقدي: كان ثقة، كثير الحديث. وقال النسائي: ليس به بأس، وكذلك روى عن ابن معين، مات سنة ١٣٩ — من التهذيب.

(٢) هو عبد الرحمن بن يعقوب الجهني المدني. روى عن أبيه وأبي هريرة وأبي سعيد وابن عباس وابن عمر وهانئ مولى علي، وعنه ابنه العلاء وسالم أبو النضر ومحمد بن إبراهيم التيمي ومحمد بن عجلان ومحمد بن عمرو بن علقمة وعمر بن حفص بن ذكوان، ذكره ابن حبان في الثقات. وقال العجلي: تابعي، ثقة. أخرج له الخمسة والبخاري في جزء القراءة. قلت: أبوه يعقوب روى عن عمر وحذيفة، وعنه ابنه والوليد بن الوليد — من التهذيب.

(٣) أخرجه الإمام محمد أيضًا في كتاب المضاربة من «الأصل». وأخرجه مالك أيضًا في الموطأ عن العلاء بن عبدالرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان بن عفان على أن الربح بينهما. قلت: فعلم منه أن واسطة جده سقطت هنا. وجده يعقوب هو الذي عمل لسيدنا عثمان ﷺ. وكذلك أخرجه البيهقي.

(٤) زيد بن خليدة اليشكري ذكره ابن حبان في الثقات. وقال البخاري في تاريخه هو والد محمد. قال الشعبي: حدثني زيد بن خليدة أنه لقي هرم بن حيان العبدي وابن مسعود رضي الله عنهما.

(٥) وأخرجه هو في آثاره أيضًا والإمام محمد أيضًا في المضاربة من «الأصل» وابن خسرو في مسنده من طريق الحسن بن زياد عنه مفصلا*.

* انظر: تلخيص الحبير (٣/٥٨)، ونصب الراية (٤/١١٥).

باب السلم*

قال أبو يوسف: وإذا كان لرجل على رجل طعام أسلم إليه فيه فأخذ بعض طعامه وبعض رأس ماله، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو جائز. بلغنا عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما- أنه قال: ذلك المعروف الحسن الجميل[١]. وبه نأخذ[٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا أخذ بعض رأس ماله فقد فسد السلم ويأخذ رأس ماله كله [٣].

قال: وإذا أسلم الرجل في اللحم، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا خير فيه لأنه غير معروف. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا بأس به. ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى وقال: إذا بين مواضع اللحم فقال: أفخاذ وجنوب ونحو هذا. فهو جائز[٤].

---

(١) أخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن أبي عمر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال في الرجل يأخذ بعض سلمه ويأخذ بعض رأس ماله فقال: «لا بأس به ذلك المعروف الحسن الجميل». وأخرجه الإمام محمد في الآثار والحسن بن زياد في مسنده نحوه. وأخرجه ابن خسرو أيضًا من طريق الحسن.
وأخرجه طلحة بالسند المذكور عن ابن عباس مرفوعًا «إذا أخذ الرجل بعض رأس المال وبعض سلمه فلا بأس به».

(٢) وهو قول محمد أيضًا - أفاده السرخسي في (ص ١٣٠ ج ١٢) من المبسوط قال الإمام السرخسي: وحجتنا في ذلك أن أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله في الكل جاز فكذلك إذا أقاله في البعض يجوز أيضًا كما في بيع العين.

(٣) قلت: وهو قول ابن عمر -رضي الله عنهما- كما ذكره السرخسي، واستدل هو بقوله عليه السلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» وتأويل الحديث أن النهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه، وإنما يكون ذلك عند الاستبدال أفاده السرخسي.

(٤) قال الإمام السرخسي في مبسوطه (ج ١٢ ص ١٣٧): ولا خير في السلم في اللحم لأنه مختلف في قول أبي حنيفة، ولا بأس به في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا أسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز. وقيل لا خلاف بينهما وبين أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزان ذلك، وجوابهما فيما إذا بين منه موضعًا، وأبو حنيفة يجوز ذلك.
والأصح أن الخلاف ثابت وأن عند أبي حنيفة لا يجوز السلم فيه وإن بين منه موضعًا معلومًا. وجه قولهما أنه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات، وبيان الوصف أن الناس اعتادوا بيعه وزنًا ويجوز استقراضه وزنًا ويجري فيه الربا بعلة الوزن إلخ. ولأبي حنيفة طريقان: أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو المقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود منه، ألا ترى أنه تجرى المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك؟ فالمشتري يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة: والمنازعات بينهما لا

---

* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط بن الجوزي (ص ٤٩٩، ٥١٤) طبع دار الكتب العلمية . بيروت.

باب الشفعة *

قال أبو يوسف ﷺ : إذا تزوجت امرأة على شقص من دار، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا شفعة في ذلك لأحد. وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: للشفيع الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه. وقال أبو حنيفة ﷺ: كيف يكون ذلك وليس هذا شراء يكون فيه شفعة إنما هذا نكاح؟ أرأيت لو طلقها قبل أن يدخل بها كم للشفيع منها، وبم يأخذ بالقيمة أو بالمهر؟ وكذلك إذا اختلعت بشقص من دار في قولهما جميعًا.

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل دارًا وبنى فيها بناء ثم جاء الشفيع يطلبها بالشفعة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يأخذ الشفيع الدار ويأخذ صاحب البناء النقض. وبه نأخذ (٢).

= ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذي في التمر فالمنازعة لا تجري في نزع ذلك، وكذلك العظم الذي في الألية. وعلى هذا الطريق إذا أسلم في لحم منزوع العظم يجوز عند أبي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع، والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والهزال، ومقاصد الناس في ذلك مختلفة، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة، وبقلة الكلأ وبكثرة الكلأ، والسلم لا يكون إلا مؤجلا فلا يدري أعند حلول الحول على أي صفة تكون؟ وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض. فالقرض لا يكون إلا حالا، وفي الحال صفة السمن والهزال معلومة، وبخلاف الشحم والألية فالتفاوت فيها من حيث القلة والكثرة، وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم (وغيره) سواء وهو الأصح.

(١) وهو قول محمد أيضًا. والمسألة في باب المهور من كتاب النكاح من مبسوط السرخسي ج ٥ ص ٧٨ قال: وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال مطلق، والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقًا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة. وهذا لأن الشفيع إنما يتملك بمثل السبب الذي به تملك المشتري، فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا في إنشاء سبب آخر، ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سببًا آخر غير السبب الذي تملك به المتملك، فكذلك هنا المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صداقًا فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سببًا آخر، بخلاف ما إذا اشتراها بعبد فإن الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق.

(٢) وبه يأخذ صاحبه.

---

* انظر : وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط ابن الجوزي (ص٥١٩، ٥٢٥) ط العلمية بيروت.

وكان ابن أبي ليلى يجعل الدار والبناء للشفيع ويجعل عليه قيمة البناء وثمن الدار الذي اشتراها به صاحب البناء وإلا فلا شفعة له (١).

قال: وإذا اشترى الرجل أرضًا أو دارًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لصاحب الشفعة الشفعة حين علم، فإن طلب الشفعة وإلا فلا شفعة له. وبه نأخذ (٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه.

قال: وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشتري ونقده الثمن، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: العهدة على المشتري الذي أخذ المال. وبه نأخذ (٣).

وكان ابن أبي ليلى يقول: العهدة على البائع لأن الشفعة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع.

قال: وإذا كانت الشفعة لليتيم، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: له الشفعة. فإن كان له وصي أخذها بالشفعة، وإن لم يكن له وصي كان على شفعته إذا أدرك، فإن لم يطلب الوصي الشفعة بعد علمه فليس لليتيم شفعته إذا أدرك، وكذلك الغلام إذا كان أبوه حيًا.

---

(١) وفي المبسوط: وعلى قول ابن أبي ليلى يأخذ الشفيع الدار والبناء ويعطي الثمن وقيمة البناء إن شاء. وهو رواية عن أبي يوسف.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضًا. والمسألة في كتاب الشفعة من المبسوط (ج ١٤ ص١١٦ – ١١٧) قال: واستدل علماؤنا في ذلك بقوله ﷺ : «الشفعة لمن وثبها» .
في رواية: «الشفعة كنشطة العقال إن أخذ بها ثبتت وإلا ذهبت» إلخ. قال: وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ إشارة إلى أن طلب الشفعة يتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي.
وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد أنه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفعته، وعلى هذا عامة مشايخنا إلا أن هشامًا ذكر في نوادره أنه إذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفعته ما لم يتطاول سكوته.
وكذلك إن قال كما سمع: سبحان الله، أو قال الله أكبر، أو قال: خلصني الله من فلان، ثم طلب الشفعة، فهو على شفعته. وكذلك إذا قال: بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها، بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفعته، وهو على حقه إذا طلب.
وقال ابن أبي ليلى: إن طالت إلى ثلاثة أيام فله الشفعة. وقال سفيان: له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفعته ما لم يبطلها صريحًا أو دلالة، بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له.

(٣) وهو قول محمد أيضًا. وهذه المسألة في كتاب الشفعة من مبسوط السرخسي (ج ١٤ ص ١٠١) قال: «وقال ابن أبي ليلى عهدته على البائع في الوجهين جميعًا» أي أخذها من المشتري أو من البائع سواء عنده في العهدة.

وبه نأخذ[١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا شفعة للصغير.

وقال أبو حنيفة ﷺ: الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، وهي بعده للشريك الذي قاسم والطريق واحدة بينهما وهي بعده للجار الملاصق. وإذا اجتمع الجيران وكان التصاقهم سواء. فهم شركاء في الشفعة[٢].

وكان ابن أبي ليلى يقول بقول أبي حنيفة حتى كتب أبو العباس أمير المؤمنين[٣] يأمره أن لا يقضي بالشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم، فأخذ بذلك وكان لا يقضي إلا للشريك الذي لم يقاسم. وهذا قول أهل الحجاز. وكذلك بلغنا عن علي وابن عباس رضي الله عنهم.

قال: وإذا اشترى الرجل الدار وسمى أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشفيع ثم علم بعد ذلك أنه أخذها بدون ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو على شفعته، لأنه إنما سلم بأكثر من الثمن. وبه نأخذ[٤].

وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: لا شفعة له لأنه قد سلم ورضي.

أخبرنا الحسن بن عمارة[٥] عن الحكم[٦] عن مجاهد[٧] عن ابن عباس رضي الله

---

(١) قال السرخسي: وعلى قول محمد وزفر له الشفعة إذا أدرك، وهو قول ابن أبي ليلى. وقد بيناها في الشفعة.

(٢) وهو قول صاحبيه. والمسألة في ص ٩٤ ج ١٤ من المبسوط. قال: وهذا أي قول علي وابن عباس قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة إلا أنه قد رجع إليه ابن أبي ليلى الخ ونحن أخذنا بقول عمر.

(٣) هو عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس أبو العباس الملقب بالسفاح الهاشمي العباسي أول خلفاء بني العباس بويع في سنة ١٣٢. ومات بالأنبار سنة ١٣٦ بالجدري وله ٣٢ سنة. ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر – من دول الإسلام.

(٤) وهو قول صاحبه أيضًا. والمسألة في (ص ١٠٥) من شفعة المبسوط (ج١٤) مبسوطة مشروحة مدللة.

(٥) الحسن بن عمارة البجلي مولاهم الكوفي أبو محمد قاضي بغداد.
روى عن ابن أبي مليكة والحكم، وعنه السفيانان والقطان وخلق.
روى له أبو داود وابن ماجه والبخاري تعليقًا. مات سنة ١٥٣هـ.

(٦) الحكم بن عتيبة بمثناة فوقية ثم تحتية مصغرًا الكندي مولاهم، أبو محمد أو أبو عبد الله الكوفي، أحد الأعلام. روى عن أبي جحيفة وعبد الله بن شداد وأبي وائل وابن أبي ليلى وخلق، وعنه منصور والأعمش ومسعر وأبو حنيفة وشعبة وأبو عوانة وكثيرون. قال العجلي: ثقة ثبت، من فقهاء أصحاب إبراهيم صاحب سنة. مات سنة ١١٥هـ عن خمس وستين سنة. قلت: روى له الستة وغيرهم.

(٧) مجاهد بن جبر بإسكان الموحدة مولى السائب أبو الحجاج المكي المقرئ الإمام المفسر.

عنهما وعن الحكم عن يحيى [١] عن علي ﷺ أنهما قالا: «لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم»[٢].

أخبرنا الحجاج بن أرطاة [٣]، عن عمرو بن شعيب [٤]، عن عمرو بن الشريد [٥]، عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «الجار أحق بسقبه ما كان»[٦].

=
روى عن ابن عباس وأبي هريرة وجابر وعائشة، وقيل لم يسمع منها.
وعنه عكرمة وعطاء وقتادة والحكم وأيوب وخلق، وثقه ابن معين، وأبو زرعة، مات بمكة سنة اثنتين أو ثلاث ومائة وهو ساجد.
ومولده سنة ٢١هـ. قلت: هو من رواة الصحاح والسنن وغيرها من الكتب.

(١) هو يحيى بن الجزار العرني الكوفي، لقبه زبان. روى عن علي وأبي بن كعب وابن عباس والحسن بن علي وعائشة وأم سلمة ومسروق وابن أبي ليلى وابن أخي زينب الثقفية.
وعنه الحكم وحبيب بن أبي ثابت وعمرو بن مرة وموسى ابن أبي عائشة وغيرهم. وروى له الأربعة ومسلم.
قال الجوزجاني: كان غاليًا مفرطًا. وقال أبو زرعة والنسائي وأبو حاتم: ثقة، وذكره ابن حبان في الثقات. من التهذيب.

(٢) وأخرجه الإمام محمد أيضًا في كتاب الشفعة من «الأصل».

(٣) حجاج بن أرطاة أبو أرطاة النخعي الكوفي، قاضي البصرة أحد الأعلام. روى عن يحيى بن أبي كثير ولم يسمع منه والشعبي وعطاء وعكرمة. وعنه منصور شيخه وشعبة وعبد الرزاق. قلت: وأبو يوسف وخلق.
قلت: روى له الخمسة والبخاري في الأدب.
قال أبو حاتم: إذا قال حدثنا فهو صالح لا نرتاب في حفظه وصدقه. مات سنة ١٤٧ — من الخلاصة.

(٤) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي، أبو إبراهيم المدني، نزيل الطائف.
روى عن أبيه عن جده وطاوس وعن الربيع بنت معوذ وطائفة، وعنه عمرو بن دينار وقتادة والزهري وأيوب وخلق.
قال القطان: إذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به. أخرج له الأربعة والبخاري في جزء قراءته. مات سنة ١١٨ — خلاصة.

(٥) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي أبو الوليد الطائفي.
روى عن أبيه وأبي رافع، وعنه إبراهيم بن ميسرة وبكير بن الأشج، وثقه العجلي.
روى له الخمسة والترمذي في الشمائل. قلت: وشريد بن سويد الثقفي شهد بيعة الرضوان، له أحاديث، انفرد له مسلم بحديثين. روى عنه ابنه عمرو وأبو سلمة بن عبدالرحمن — من الخلاصة.

(٦) أخرجه النسائي وابن ماجه والطحاوي عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن
=

أخبرنا أبو حنيفة عن أبي أمية [١] عن المسور بن مخرمة أو عن سعد بن مالك رضي الله عنهم قال: قال رسول الله ﷺ: «**الجار أحق بسقبه**» [٢].

الشريد عن أبيه، ولفظه أن رجلا قال: يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا للجوار. فقال: «الجوار أحق بسقبه ما كان»
وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع.

(١) هو عبد الكريم بن قيس أبو المخارق أبو أمية البصري المعلم. روى عن أنس وعمرو بن سعيد ابن العاص وطاوس وحسان بن بلال وحبان بن جزء وعبد الله بن الحارث ونافع وأبي الزبير المكي، وعنه عطاء ومجاهد وهما من شيوخه ومحمد بن إسحاق وابن جريج وأبو حنيفة وابن أبي ليلى ومالك وحماد بن سلمة والثوري وإسرائيل وشريك وابن عيينة.
روى له البخاري تعليقًا ومسلم متابعًا والترمذي والنسائي وابن ماجه وأبو داود في مسائل أحمد، ضعفوه. مات سنة ١٢٦.

(٢) قلت: وأخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره أيضًا عن الإمام عن عبد الكريم عن المسور عن أبي رافع وأخرجه الإمام محمد في كتاب الشفعة من «الأصل» وفي كتاب «الحجة» وفي كتاب «الآثار» أيضًا. وفيه عن رافع، وأخرجه الحسن بن زياد أيضًا عنه في مسنده.
وأخرجه أبو محمد الحارثي في مسنده عن الإمام بطرق كثيرة وبين صوابها من خطئها. وأخرجه الكلاعي من طريق الوهبي وطلحة بن محمد والقاضي أبو بكر بن خسرو في مسانيدهم عنه.
قلت: وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع، وكذلك الطحاوي عن ابن عيينة عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد قال: أتاني المسور بن مخرمة فوضع يده على أحد منكبي فقال: انطلق بنا إلى سعد، فأتينا سعد ابن أبي وقاص في داره فجاء أبو رافع فقال للمسور: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتين في داره؟ فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعمائة دينار مقطعة أو منجمة. فقال: سبحان الله! لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار نقدًا، ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الجار أحق بسقبه» ما بعتك.
قلت: واختلف فيه على الإمام والصحيح ما أخرجه أبو يوسف، ومن أخرج مثله، بين ذلك الحارثي. ورافع مولى سعد، ورافع بن خديج وهم. والسقب: القرب، والصاد لغة، وهما مصدرا: سقبت الدار، وصقبت. والصاقب: القريب.
ومعنى الحديث: الجار أحق بسقبه: أي أن الجار أحق بالشفعة إذا كان جارًا ملاصقًا. والباء من صلة أحق لا للتسبيب – كذا في المغرب *.

---

* رواه النسائي (٣٢٠/٧)، والشافعي في مسنده (ص١٨٢)، وابن الجارود في المنتقى (ص١٦٢)، والترمذي (٦٥٢/٣)، والبخاري (٧٨٧/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٤/٤)، والبيهقي (١٠٥/٦)، والدارقطني (٢٢٢/٤)، وأبوداود (٢٨٦/٣)، وابن ماجه (٨٣٣/٢)، وابن حبان (٥٨٣/١١)، وابن أبي شيبة في المصنف (٦٥٢/٤).

باب المزارعة *

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا أعطى الرجل الرجل أرضًا مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع أو أعطى نخلا أو شجرًا معاملة بالنصف، أو أقل من ذلك أو أكثر، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هذا كله باطل[١] لأنه استأجره بشيء مجهول.

يقول: أرأيت لو لم يخرج من ذلك شيء أليس كان عمله ذلك بغير أجر؟

وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: ذلك كله جائز، بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه أعطى خيبر بالنصف فكانت كذلك حتى قبض، وخلافة أبي بكر ﷺ، وعامة خلافة عمر ﷺ[٢]. وبه نأخذ.

وإنما قياس هذا عندنا مع الأثر، ألا ترى أن الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة بالنصف ، ولا بأس بذلك ؟ وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب ﷺ وعن عبدالله بن مسعود وعن عثمان بن عفان رضي الله عنهما أنهم أعطوا مالا مضاربة[٣]. وبلغنا عن سعد بن أبي وقاص، وعن ابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كانا يعطيان أرضهما بالربع

(١) وحجة الإمام حديث جابر «نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة». أخرجه مسلم وحديث رافع بن خديج عند مسلم وغيره**.

وحديث ثابت بن الضحاك «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة وقال: لا بأس بها» أخرجه مسلم***.

والمخابرة هي المزارعة ومن شاء زيادة الاطلاع فليراجع مبسوط السرخسي، فإنه أكثر في هذا الباب وجاء فيه بما لا مزيد عليه.

وأخرج أحاديث الباب وأصحاب السنن، والبيهقي واستوعبها****.

(٢) قلت: أخرجه الشيخان والترمذي وابن ماجه من حديث ابن عمر، والطحاوي من حديث ابن عمر وابن عباس وجابر رضي الله عنهم، والبيهقي من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس رضي الله عنهم.

(٣) وقد مر ما روي عنهم مع تخريج الآثار.

* انظر: المبسوط للسرخسي(٢٣/٨٣)، وبدائع الصنائع (٦/١٨٠).

** رواه مسلم (٣/١١٧٤، ١١٧٧، ١١٨٤) ، والنسائي (٧/٣٧، ٤٨، ٢٦٣، ٢٧٠) ، والشافعي في مسنده (ص١٤٥).

*** رواه مسلم (٣/١١٨٣، ١١٨٤)، والدارمي (٢/٣٥٠).

**** انظر : الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (٢/٢٠٥)، وتلخيص الحبير له (٣/٥٩)، ونصب الراية للزيلعي (٤/١٨٠).

والثلث [1].

(١) أخرج الطحاوي [٤/ ١١٤] ، عن موسى بن طلحة، قال: أقطع عثمان ﷺ نفرًا من أصحاب النبي ﷺ عبد الله بن مسعود، والزبير بن العوام، وسعد بن مالك، وأسامة، فكان جاري منهم سعد بن مالك وابن مسعود يدفعان أرضهما بالثلث والربع*. وفي رواية عنه: أقطع عبد الله أرضًا** وأقطع سعدًا أرضًا وأقطع خبابًا*** أرضًا وأقطع صهيبًا أرضًا فكلا جاري كانا يزارعان بالثلث والربع. وأخرج عن عمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب ﷺ بعث يعلى بن منية إلى اليمن فأمره أن يعطيهم الأرض البيضاء على أنه إن كان البقر والبذر والحديد من عمر فله الثلثان ولهم الثلث، وإن كان البقر والبذر والحديد منهم فلعمر الشطر ولهم الشطر، وأمره أن يعطيهم النخل والكرم على أن لعمر ثلثين ولهم الثلث. وأخرج عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال: كان أبو بكر الصديق ﷺ يعطي الأرض على الشطر.

* انظر :الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي (ص ٤٠، ١٣١، ١٣٣)، ورواه عبد الرزاق في المصنف (٩٩/٨).

** انظر : الاستخراج (ص١٢٩)

*** رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٢/٦).

باب الدعوى والصلح *

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا ادعى الرجل الدعوى قبل رجل في دار أو دين أو غير ذلك فأنكر ذلك المدعي عليه الدعوى ثم صالحه من الدعوى وهو منكر لذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول في هذا جائز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يجيز الصلح على الإنكار. وكان أبو حنيفة يقول: كيف لا يجوز هذا وأجوز ما يكون الصلح على الإنكار؟ وإذا وقع الإقرار لم يقع الصلح.

قال: وإذا صالح الرجل الطالب عن المطلوب والمطلوب متغيب، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الصلح جائز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الصلح مردود لأن المطلوب متغيب عن الطالب. وكذلك لو أخر عنه دينًا عليه وهو متغيب كان قولهما جميعًا على ما وصفت لك.

قال: وإذا صالح الرجل الرجل (١) أو باع بيعًا أو أقر بدين فأقام البينة أن الطالب أكرهه على ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ذلك كله جائز ولا أقبل منه بينة أنه أكرهه (٢). وبه نأخذ (٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل البينة على الإكراه وأرد ذلك عليه. وقال أبو يوسف (٤): إذا كان الإكراه في موضع أبطل فيه الدم قبلت البينة على الإكراه. وتفسير ذلك أن رجلا لو شهر على رجل سيفًا فقال: لتقرن أو لأقتلنك فقال: أقبل منه البينة على الإكراه وأبطل عنه ذلك الإقرار.

---

(١) زاد السرخسي: عن صلح

(٢) وفي نسخة السرخسي: البينة بأنه أكرهه

(٣) كذا في الأصل والظاهر أنه من سهو الناسخ لأن قول أبي يوسف يأتي بعد، أو اتفق هو معه في صورة واحدة كما بينه السرخسي، واختلف في أخرى فبينه بقوله: وقال أبو يوسف إلخ.

(٤) وفي المبسوط: وقال أبو يوسف ومحمد إلخ. قال وهذه تنبني على ما بينا في كتاب الإكراه أن عند أبي حنيفة الإكراه إنما يتحقق من السلطان فإكراه الرعية ليس بإكراه. وعندهما يتحقق الإكراه ممن يكون قادرًا على إيقاع ما هدد به، سلطانًا كان أو غيره، فيقولان الثابت بالبينة بالمعاينة ولو غائبًا، أو أكره من عامله على ذلك، لم يمتنع نفوذه عند أبي حنيفة وعندهما يمتنع نفوذه فكذلك إذا ثبت بالبينة إلا أن عندهما إنما تقبل البينة على هذا إذا كان في موضعه بأن يتصور الإكراه من مثله له، وعند ابن أبي ليلى تقبل بينته على ذلك على كل حال لأنه أثبت السبب المبطل للعقد وللدفع بصفة اللزوم بالبينة، والثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصم. ولو ساعده الخصم على ذلك بطل الصلح والبيع، فكذلك إذا ثبت بالبينة.

---

* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف (ص٥٥٤، ٥٧١)، (ص٦٠٠، ٦٠٣).

قال: وإذا اختصم الرجلان إلى القاضي فأقر أحدهما بحق صاحبه بعد ما قاما من عند القاضي وقامت عليه بذلك بينة وهو يجحد ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ذلك جائز. وبه نأخذ [1].

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا إقرار لمن خاصم إلا عندي، ولا صلح لهما إلا عندي.

قال: وإذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما فقضى بينهما بقضاء مخالف لرأي القاضي فارتفعا إلى ذلك القاضي ، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ينبغي لذلك القاضي أن يبطل حكمه ويستقبل الحكم بينهما. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: حكمه عليهما جائز.

---

(١) وهذا متفق عليه عند علمائنا - أفاده السرخسي.

باب الصدقة والهبة *

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدقت أو تركت له من مهرها ثم قالت: أكرهني وجاءت على ذلك ببينة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أقبل بينتها وأمضي عليها ما فعلت من ذلك. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: أقبل بينتها على ذلك وأبطل ما صنعت [١].

قال: وإذا وهب الرجل هبة وقبضها الموهوب له وهي دار فبناها بناء وأعظم النفقة، أو كانت جارية صغيرة فأصلحها أوضعها حتى شبت وأدركت، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يرجع الواهب في شيء من ذلك ولا في كل هبة زادت عند صاحبها خيرًا، ألا ترى أنه قد حدث فيها في ملك الموهوبة له شيء لم يكن في ملك الواهب؟ أرأيت إن ولدت الجارية ولدًا كان للواهب أن يرجع فيه ولم يهبه له ولم يملكه قط؟ وبهذا نأخذ [٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع في ذلك كله وفي الولد.

قال: وإذا وهب الرجل جارية لابنه، وابنه كبير وهو في عياله، فإن أبا حنيفة ﷺ

---

(١) قلت: روى الإمام محمد في «الأصل» عن علي ﷺ قال: إذا وهبت المرأة لزوجها هبة فإن شاءت رجعت فيها إذا هي ادعت أنه استكرهها، وإن وهب هو لها شيئًا فليس له أن يرجع في الهبة. قال السرخسي في ابتداء كتاب الهبة من مبسوطه بعدما نقل هذا الأثر: وليس مراده الفرق بينهما في الرجوع بحكم الزوجية وإنما مراده أن الدعوى من المرأة -أنها كانت مكرهة- مسموعة. ومن الزوج لا، لاعتبار الظاهر. فالظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته، والمرأة لا تتمكن من إكراه زوجها. والظاهر أن المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الإكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته، وفيه دليل أن الهبة من المكره لا تصح لأن شرط صحة الهبة تمام الرضا والإكراه يعدم الرضا. قلت: وهذا دليل ابن أبي ليلى ولم يبين دليل الإمام وصاحبيه ولا مذهبهم.

(٢) وهي متفق عليها بين علمائنا وهي مذكورة في المبسوط في كتاب الهبة (ج ١٢ ص ٨٣) قال: وهذا إذا كان ما بنى بحيث يعد زيادة، فإن كان لا يعد زيادة كالآري أو يعد نقصانًا كالتنور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه. وفي المغرب: الآري: هو المعلف عند العامة، وهو مراد الفقهاء. وتستعار الأواري بالمكان لما يتخذ في الحوانيت من تلك الأحياز للحبوب غيرها كما يستعار بحياض الماء في الحمام. والكاشانة: الطرز وقيل: بيت الصيف بالفارسية كالقيطون الصيفي عندنا.

---

* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف (ص٤١٦، ٤٢٢).

كان يقول: لا تجوز إلا أن يقبض. وبه نأخذ [١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان الولد في عيال أبيه وإن كان قد أدرك فهذه الهبة جائزة. وكذلك الرجل إذا وهب لامرأته.

قال: وإذا وهب الرجل دارًا لرجلين أو متاعًا وذلك المتاع مما يقاسم فقبضاه جميعًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تجوز تلك الهبة إلا أن يقسم لكل واحد منهما منها حصته، وكان ابن أبي ليلى يقول: الهبة جائزة. وبه نأخذ [٢]. وإذا وهب اثنان لواحد وقبض فهو جائز. وقال أبو يوسف: هما سواء.

قال: وإذا كانت الدار لرجلين فوهب أحدهما حصته لصاحبه ولم يقسمه له، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الهبة في هذا باطلة ولا تجوز. وبه نأخذ [٣].

ومن حجته في ذلك أنه قال: لا تجوز الهبة إلا مقسومة معلومة مقبوضة. بلغنا عن أبي بكر ﷺ «أنه نحل [٤] عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها جذاذ عشرين وسقا [٥] من نخل له بالعالية [٦] فلما حضره الموت قال لعائشة: إنك لم تكوني قبضته وإنما هو مال الوارث [٧].

(١) وهو قول محمد أيضًا. والمسألة في (ص ٥١ ج ١٢) في كتاب الهبة من المبسوط. واستدل فقال: لأنه لابد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وإن كان يعولهم، ألا ترى أن الغني يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عنيهم لا يتم ذلك إلا بالإعلام ما لم يسلمه إليه؟ وذكرت المسألة في (ص ٦١) أيضًا من هذا المجلد.

(٢) وهو قول محمد أيضًا. والمسألة في (ص ٦٧ ج ١٢) من المبسوط.

(٣) والمسألة متفق عليها وهي في (ص ٦٩ ج ١٢) من المبسوط.

(٤) في المغرب: نحله كذا: أي أعطاه بطيبة من نفسه من غير عوض. ومنه حديث أبي بكر ﷺ أنه نحل عائشة رضي الله عنها إلخ والنحل والنحلة: العطية.

(٥) الجذاذ بضم الجيم وبكسرها وبمعجمتين وبمهملتين: ما قطع من الشيء. قال الزرقاني: هو صفة للثمر من جذ إذا قطع. يعني أن ذلك يجذ منها.
وقال الأصمعي: هذه أرض جاد مائة وسق أي يجدّ ذلك منها. فهو صفة النخل التي وهبها ثمرتها، يريد نخلا يجد منها عشرون وسقا، والوسق ستون صاعا.

(٦) قال المولى علي القاري: أي بقرية من العوالي حول المدينة.

(٧) قلت: أخرجه الإمام محمد في «الأصل» والإمام مالك في «الموطأ» عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أعز علي فقرًا منك، وإني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقا، فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك، فإنما اليوم مال وارث، وإنما هم أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله. قالت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن خارجة أراها جارية، فولدت جارية.
=

فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته. وكان إبراهيم يقول: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: وإذا كانت الدار بين رجلين فوهب أحدهما لصاحبه نصيبه فهذا قبض منه للهبة، وهذه معلومة وهذه جائزة. وإذا وهب الرجلان دارًا لرجل فقبضها فهو جائز في قول أبي حنيفة ﷺ، ولا يفسد الهبة أنها كانت لاثنين. وبه نأخذ.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل الهبة وقبضها دارًا أو أرضًا ثم عوضه بعد ذلك منها عوضًا وقبض الواهب، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ذلك جائز ولا يكون فيه شفعة. وبه نأخذ [1]. وليس هذا بمنزلة الشراء. وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا بمنزلة الشراء ويأخذ الشفيع بالشفعة بقيمة العوض. ولا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة بعد العوض في قولهما جميعًا.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل هبة في مرضه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الهبة في هذا باطلة لا تجوز. وبه نأخذ. قال: ولا تكون له وصية إلا أن يكون ذلك في ذكر وصيته[2]. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي جائزة من الثلث. حدثنا الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبي رباح[3] عن ابن عباس رضي الله

=

كذلك أخرجه الطحاوي، وقال فيه: بالغابة. وأخرجه عن حفص بن غياث عن الأعمش عن شقيق عن مسروق: كان أبو بكر الصديق قد أعطى عائشة نحلة، فلما مرض قال لها: اجعليه في الميراث. وأخرجه البيهقي من طريق مالك ويونس بن يزيد بسند الموطأ والطحاوي ولفظهما، ومن طريق عبد الله بن عمر عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة، ومن طريق حنظلة بن أبي سفيان عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها. *

(١) وهو قول محمد أيضًا. والمسألة في باب الشفعة في الهبة من المجلد (١٤) من المبسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها عند أصحابنا وهي في ص ١٠٢ من المجلد ١٢ من المبسوط.

(٣) عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم الجندي اليماني نزيل مكة، أحد الفقهاء والأئمة. روى عن عثمان وعتاب بن أسيد مرسلا، وعن أسامة وعائشة وأبي هريرة وأم سلمة وعروة وطائفة. وعنه أيوب وحبيب وجعفر بن محمد وجرير وابن جريج. كان ثقة. عالمًا، كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بمكة. وهو من رواة الستة. مات سنة ١١٤.

* رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/٨٨)، ومختصر اختلاف العلماء (٤/٢٩٢، ٤٥٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/١٦٩).

عنهما قال: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة»[1] حدثنا الأعمش[2] عن إبراهيم[3] قال: «الصدقة إذا علمت جازت، والهبة لا تجوز إلا مقبوضة»[4]. وكان أبو حنيفة رحمه الله يأخذ بقول ابن عباس رضى الله عنهما في الصدقة. وهو قول أبي يوسف رحمه الله.

(١) قال البيهقي: وروينا عن عثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا: لا تجوز الصدقة حتى تقبض، وعن معاذ وشريح أنهما كانا لا يجيزانها حتى تقبض. وأخرج عن يحى بن يعمر عن أبي موسى عن عمر «الإنحال ميراث ما لم يقبض» وحديث أبي بكر في نحلة التمر يدل على ذلك.

(٢) هو سليمان بن مهران أبو محمد الكاهلي مولاهم الكوفي، أحد الأعلام الحفاظ والقراء. رأى أنسًا، وروى عن ابن أبي أوفى وعكرمة وزيد بن وهب وأبي وائل وإبراهيم النخعي والتيمي والشعبي وخلق. وعنه أبو إسحاق والحكم من شيوخه وسليمان التيمي من أقرانه وسفيان وشعبة وزائدة ووكيع وخلق. مات سنة ١٤٨هـ عن أربع وثمانين سنة. قلت: هو من رواة الستة والأثبات الحفاظ العدول.

(٣) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي أبو عمران الكوفي الفقيه، يرسل كثيرًا، وروى عن علقمة والأسود وهمام بن الحارث وأبي عبيدة بن عبد الله ومسروق وأبي وائل وعائشة أم المؤمنين. وقيل مرسل عنها. وعنه الحكم ومنصور والأعمش وابن عون وزبيد وحماد وخلق. وروى له الستة. كان لا يتكلم إلا إذا سئل. قال المغيرة: كنا نهابه كما يهاب الأمير، كان يتوقى الشهرة ولا يجلس إلى الأسطوانة قال ابن معين: مراسيل إبراهيم أحب إلي من مراسيل الشعبي. قال ابن عبد البر: «كل من عرف أنه لا يأخذ إلا عن ثقة فتدليسه ومرسله مقبول، فمراسيل سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وإبراهيم النخعي عندهم صحاح» وذكر بعد ذلك كلام إبراهيم النخعي الذي خرجه الترمذي في العلل من جامعه وهو أن الأعمش قال: «قلت لإبراهيم النخعي أسند لي عن عبد الله بن مسعود، فقال إبراهيم: إذا حدثتك عن رجل عن عبد الله فهو الذي سميت، وإذا قلت قال عبد الله فهو عن غير واحد عن عبد الله. ثم قال ابن عبد البر: إلى هذا نزع من أصحابنا من زعم أن مرسل الإمام (يعني مالكًا) أولى من مسنده لأن في هذا الخبر ما يدل على أن مراسيل النخعي أقوى من مسانيده، وهو لعمري كذلك إلا أن إبراهيم ليس بمعيار على غيره» نقله ابن رجب في شرح علل الترمذي. قال الشعبي: ما ترك إبراهيم بعده أعلم منه. مات سنة ٩٦ وقيل ٩٥ وولد سنة ٥٠ وقيل ٤٧ رحمه الله.

(٤) وأخرجه في الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم وعن الإمام عن الهيثم عن شريح مثله*.

* ورواه الشيباني في الحجة (٣/٩٤).

باب في الوديعة *

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا استودع الرجل رجلا وديعة فقال المستودع: أمرتني أن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه، [وقال رب الوديعة: كذبت لم آمرك][1] قال أبو حنيفة ﷺ: فالقول[2] قول رب الوديعة، والمستودع ضامن. وبهذا نأخذ[3]. وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين.

قال: وإذا استودع الرجل الرجل وديعة فجاء آخر يدعيها معه، فقال المستودع: لا أدري أيكما استودعني هذه الوديعة؟ وأبى أن يحلف لهما وليس لواحد منهما بينة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يعطيهما تلك الوديعة بينهما نصفين ويضمن لهما أخرى مثلها بينهما، لأنه أتلف ما استودع بجهالته [4] ألا ترى أنه لو قال: هذا استودعنيها ثم قال: أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفع الوديعة إلى الذي أقر له بها أولا ويضمن للآخر مثل ذلك [5]؟ لأن قوله أتلفه، وكذلك الأول إنما أتلفه هو بجهله. وبهذا نأخذ [6]. وكان ابن أبي ليلى يقول في الأول: ليس عليه شيء والوديعة والمضاربة بينهما نصفان [7].

قال: وإذا استودع الرجل وديعة فاستودعها المستودع غيره [في غير عياله][8] فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو ضامن لأنه خالف وبهذا نأخذ[9]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه.

---

(١) زيادة من كتاب الوديعة من «الأصل».

(٢) وفي بعض نسخ «الأصل» في كتاب الوديعة: فإن أبا حنيفة كان يقول القول، والباقي سواء.

(٣) وفي بعض نسخ «الأصل» وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد.

(٤) وفي نسخة بجهله.

(٥) وفي نسخة مثلها.

(٦) وفي نسخة «الأصل» وبه أخذ أبو يوسف ومحمد.

(٧) كذا في الأصل. وفي بعض نسخ كتاب الوديعة من «الأصل»: والوديعة بينهما، وهو الصواب، فلعل لفظ المضاربة أدرجه الناسخ سهوًا.

(٨) زيادة من «الأصل»

(٩) وفي بعض نسخ كتاب الوديعة: وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وزاد بعده: وقال أبو حنيفة: لا يضمن الآخر إن هلكت الوديعة عنده. وقال أبو يوسف ومحمد: لرب الوديعة أن يضمن الآخر، فإن ضمنه يرجع على الأول، وإن ضمن الأول لم يرجع على الآخر.

---

* انظر: بدائع الصنائع (٢١٦/٧).

قال: وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبله وديعة[١] بغير عينها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالحصص. وبهذا نأخذ[٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للغرماء وليس لصاحب الوديعة شيء لأن الوديعة شيء مجهول ليس بشيء بعينه[٣]. وقال أبو حنيفة: فإن كانت الوديعة بعينها فهي لصاحب الوديعة إذا علم ذلك، وكذلك قال ابن أبي ليلى. حدثنا أبو حنيفة عن حماد[٤] عن إبراهيم أنه قال في الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين: إنهم يتحاصون الغرماء وأصحاب الوديعة[٥]. حدثنا الحجاج بن أرطأة عن أبي جعفر[٦]، وعطاء مثل ذلك. حدثنا الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله.

(١) وفي نسخة «الأصل» وعنده وديعة.

(٢) وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد - «الأصل».

(٣) وفي بعض نسخ كتاب الوديعة: لأن الوديعة مجهولة وليست بشيء بعينه.

(٤) هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري، أبو إسماعيل الكوفي الفقيه، روى عن أنس وأبي وائل وإبراهيم النخعي وخلق. وعنه ابنه إسماعيل ومغيرة وأبو حنيفة ومسعر وشعبة، وتفقهوا به. روى له الخمسة، والبخاري علق له قوله، وأخرج عنه في الأدب. وثقه النسائي وغيره. مات سنة ١٢٥.

(٥) وأخرجه في الآثار أيضًا [ص ١٦٠] ولفظه أنه قال في المضاربة والوديعة والدين سواء في مال الميت يتحاصون جميعًا. وأخرجه الإمام محمد أيضًا في آثاره وزاد في آخره: إذا لم تعرفا بأعيانهما المضاربة والوديعة. قال: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة.

(٦) هو محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الإمام المشهور بالباقر أبو جعفر الهاشمي المدني. روى عن أبيه وأبي سعيد وجابر وابن عمر وطائفة. وعنه جعفر والزهري ومخول بن راشد وخلق. وروى له الستة. قال ابن سعد: ثقة كثير الحديث. توفي سنة ١١٤.

باب في الرهن *

قال أبو يوسف: ولو ارتهن الرجل رهنًا فوضعه على يدي عدل برضا صاحبه فهلك من عند العدل وقيمته والدين سواء، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الرهن بما فيه وقد بطل الدين. وبه نأخذ(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: الدين على الراهن كما هو والرهن من ماله لأنه لم يكن في يدي المرتهن إنما كان موضوعًا على يدي غيره.

قال: وإذا مات الراهن وعليه دين والرهن على يدي عدل، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: المرتهن أحق بهذا الرهن من الغرماء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الرهن بين الغرماء والمرتهن بالحصص على قدر أموالهم (٢). وإذ كان الرهن في يدي المرتهن فهو أحق به من الغرماء وقولهما جميعًا فيه واحد.

قال: وإذا رهن الرجل الرجل دارًا ثم استحق منها شقص وقد قبضها المرتهن، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الرهن باطل لا يجوز. وبهذا نأخذ (٣) حفظي عنه في كل رهن فاسد وقع فاسدًا فصاحب المال أحق به حتى يستوفي ماله يباع لدينه. وكان ابن أبي ليلى يقول: ما بقي من الدار فهو رهن بالحق. وقال أبو حنيفة ﷺ: وكيف يكون ذلك وإنما كان رهنه نصيبًا غير مقسوم؟

قال: وإذا وضع الرجل الرهن على يدي عدل وسلطه على بيعه عند محل الأجل ثم مات الراهن، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: للعدل أن يبيع الرهن، ولو كان موت الراهن يبطل بيعه لأبطل الرهن. وبه نأخذ(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس له أن يبيع وقد بطل الرهن وصار بين الغرماء، وللمسلط أن يبيعه في مرض الراهن ويكون للمرتهن خاصة في قياس قوله.

قال: وإذا ارتهن الرجل دارًا ثم أجرها بإذن الراهن، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول:

---

(١) والمسألة متفق عليها، وهي في كتاب الرهن (ص ٧٧ ج ٢١) من مبسوط السرخسي.
(٢) والمسألة في (ص ٧٨ ج ٢١) من مبسوط السرخسي.
(٣) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في (ص ٧١ ج ٢١) من المبسوط.
(٤) وهو قول محمد أيضًا. والمسألة في ص ٨٠ ج ٢١ من المبسوط.

---

* انظر: الهداية شرح البداية (١٥٦/٤) ، والمبسوط (٨٩/٢١) والدار المختار لابن عابدين (٦/ ٥٠٢).

قد خرجت من الرهن حين أذن له أن يؤجرها وصارت بمنزلة العارية. وبه نأخذ (١).
وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هي رهن على حالها والغلة للمرتهن قضاء من حقه.

باب الحوالة والكفالة في الدين *

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا كان لرجل على رجل دين فكفل له به عنه رجل، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: للطالب أن يأخذ أيهما شاء، فإن كانت حوالة لم يكن له أن يأخذ الذي أحاله لأنه قد أبرأه. وبهذا نأخذ (٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس له أن يأخذ الذي عليه الأصل فيهما جميعًا لأنه حيث قبل منه الكفيل فقد أبرأه من المال إلا أن يكون المال قد توى قبل الكفيل فيرجع به على الذي عليه الأصل، وإن كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه كان له أن يأخذ أيهما شاء في قولهما جميعًا.

قال: وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلا بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك آخر بنفسه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هما كفيلان جميعًا. وبه نأخذ (٣).

وكان ابن أبي ليلى يقول: قد برئ الكفيل الأول حين أخذ الكفيل الآخر(٤).

قال: وإذا كفل الرجل للرجل بدين غير مسمى. فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو له ضامن. وبهذا نأخذ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز عليه الضمان في ذلك لأنه ضمن شيئًا مجهولا غير مسمى، وهو أن يقول الرجل للرجل: أضمن ما قضى لك به القاضي عليه من شيء

---

(١) وهي متفق عليها بين أصحابنا. وذكرت في باب رهن الحيوان من المبسوط مع اختلاف ابن أبي ليلى في ص ١٠٨ ج ٢١.
(٢) وهذه المسألة في كتاب الكفالة في (ص ١٢٦ ج ٢٠) باب الكفالة بالأعيان، وهي متفق عليها بين أصحابنا. وذكرها السرخسي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى من كتابه أيضًا في ج ٣٠ ص ١٤٦.
(٣) وهو قول محمد أيضًا، أفاده سياق قول السرخسي حيث لم يذكر خلافه.
(٤) قال السرخسي في (ص ١٧٠ ج ١٩) من مبسوطه محتجًا لابن أبي ليلى: لأن الطالب يصير معرضًا عن كفالته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر، وهذا فاسد فإنه يأخذ الكفيل الثاني بقصد زيادة التوثق فلا يصير مبرئًا للكفيل الأول. ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما الإحضار ولا يبعد أن يكون إحضاره في شيء واحد مستحقًا على شخصين.

---

* انظر: الجامع الصغير للشيباني (ص٣٧٨)، والمبسوط(٢٠/٥٢).

وما كان لك عليه من حق وما شهد لك به الشهود، وما أشبه هذا، فهو مجهول (١).

قال: وإذا ضمن الرجل دين ميت بعد موته وسماه ولم يترك الميت وفاء ولا شيئا ولا قليلا ولا كثيرًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا ضمان على الكفيل لأن الدين قد توى. وكان ابن أبي ليلى يقول: الكفيل ضامن. وبه نأخذ (٢). وقال أبو حنيفة ﷺ: إن ترك شيئًا ضمن الكفيل بقدر ما ترك، وإن كان ترك وفاء فهو ضامن لجميع ما تكفل به.

قال: وإذا كفل العبد المأذون له في التجارة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: كفالته باطلة لأنها معروف وليس يجوز له المعروف. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: كفالته جائزة لأنها من التجارة (٣) وإذا أفلس المحتال عليه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يرجع على الذي أحاله حتى يموت المحتال عليه ولا يترك مالا (٤). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: له أن يرجع إذا أفلس. وبهذا نأخذ (٥).

---

(١) قال السرخسي: ولكنا نقول: الجهالة لا تمنع صحة الالتزام ولكنها جهالة تفضي إلى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي إلى تمكن المنازعة، فإن الطالب لا يطالب الكفيل إلا بما ثبت له على الأصيل، ولا تتمكن المنازعة بعد ما ثبت له الحق على الأصيل بالحجة أو بعد ما قضى القاضي به عليه. ثم الالتزام بالكفالة بمنزلة الالتزام بالإقرار فإنه ليس بمقابلة عوض يجب للكفيل على الطالب، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار فكذلك جهالة المكفول به.

(٢) قال السرخسي في (ص ١٤٧ ج ٣٠) ثم ذكر مسألة الكفالة عن الميت المفلس وبينا أن قول ابن أبي ليلى فيه كقول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى.

(٣) قال السرخسي: ولكنا نقول: لا تصح كفالة المأذون في حالة رقه لأن الحاجز وهو الرق قائم وإنما انفك الحجر عنه بالإذن فيما هو تجارة أو من توابع التجارة والكفالة ليست بهذه الصفة فإن التجار يتحرزون عن الكفالة غاية التحرز. لهذا قيل: «الكفالة أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة» فبقي محجورًا عنه على ما كان قبل الإذن، ثم الكفالة بمنزلة الإقراض فإنه تبرع في الالتزام وإن كان عند الأداء يرجع كما أن المقرض تبرع بأداء المال وإن كان له حق الرجوع في المال، والعبد المأذون لا يملك الإقراض في حق مولاه فكذلك الكفالة.

(٤) قال السرخسي في (ص ٤٧ ج ٢٠) من مبسوطه: وحجتنا في ذلك حديث عثمان ﷺ موقوفًا ومرفوعًا في المحتال عليه يموت مفلسًا قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، لا توى على مال امرئ مسلم. والمعنى فيه أن هذه براءة بالنقل فإذا لم يسلم له حقه من المحيل الذي انتقل إليه يعود حقه إلى المحل الذي انتقل حقه عنه، كما لو اشترى بالدين شيئًا أو صالح من الدين على عين.

(٥) قال في المبسوط (ص ٤٧ ج ٢٠): وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بأن الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال إليه بحال. وقال في ص ١٤٨ ج ٣٠: وهو بناء على ما سبق أن عند ابن أبي ليلى التفليس والحجر يتحقق وقوله فيه كقولهما أو أبلغ منه، لأن عنده بعد التفليس والحبس لا ينفذ عتق المديون في عبده فتحقق التوى بالتفليس على قوله. وإذا توى المال على المحتال عليه كان للطالب أن يرجع على المحيل لقوله عليه السلام «لا توى على مال امرئ

قال: وإذا وكل الرجل رجلا في شيء فأراد الوكيل أن يوكل بذلك غيره، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس له ذلك إلا أن يكون صاحبه أمره أن يوكل بذلك غيره. وبه نأخذ [١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يوكل غيره إذا أراد أن يغيب أو مرض، فأما إذا كان صحيحًا حاضرًا فلا. قال أبو حنيفة: وكيف يكون له أن يوكل غيره ولم يرض صاحبه بخصومة غيره وإنما رضي بخصومته؟!

قال: وإذا وكل رجل رجلا بخصومة وأثبت الوكالة عند القاضي ثم أقر على صاحبه الذي وكله أن تلك الخصومة حق لصاحبه الذي يخاصمه أقر به عند القاضي، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: إقراره جائز. قال محمد: وبه نأخذ. وإن أقر عند غير القاضي وشهد عليه الشهود، فإقراره باطل ويخرج من الخصومة. وقال أبو يوسف: إقراره عند القاضي وعند غيره جائز عليه [٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: إقراره باطل.

قال: وإذا وكل رجل رجلا في قصاص أو حد، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تقبل في ذلك وكالة [٣]. وبه نأخذ. وروى أبو يوسف أن أبا حنيفة قال: أقبل من الوكيل البينة في الدعوى في الحد والقصاص ولا أقيم الحد ولا القصاص حتى يحضر المدعي. وقال أبو يوسف: لا أقبل البينة إلا من المدعي ولا أقبل في ذلك وكيلا. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل في ذلك الوكالة.

قال: وإذا كانت في يدي رجل دار فادعاها رجل فقال الذي هي في يديه وكلني بها فلان لرجل غائب أقوم له عليها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أصدقه إلا أن يأتي على

= مسلم» فأما على قول أبي حنيفة التوى لا يتحقق لأن التوى أن يهلك عين الشيء أو محله الذي كان قائمًا به، والدين لا يتصور هلاكه حقيقة ومحله قائم بعد الإفلاس ببقاء الذمة محلا صالحًا لالتزام الحقوق، وإنما يتأخر الاستيفاء بالإفلاس وهذا تأخير يزول ساعة فساعة لأن المال غاد، ورائح، بخلاف ما إذا مات فإن محل الدين خرج من أن يكون صالحًا لالتزام الحقوق، وإنما يتأخر الاستيفاء في أحكام الدنيا، بخلاف ما لو جحد وحلف، لأن الدين هناك صار تاويًا حكمًا حتى انقطع طريق الوصول إليه عن بينة أو إقرار الخصم.

(١) وهو قول محمد أيضًا – أفاده السرخسي.

(٢) وهذا قوله الأول ثم رجع فقال: يصح إقراره في مجلس القاضي، وفي غير مجلس القاضي إقراره باطل. والمسألة في (ص ٤ ج ١٩) من المبسوط.

(٣) قال في المبسوط (ص ٩ ج ١٩): والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فإن التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق.

ذلك ببينة وأجعله خصمًا. وبه نأخذ [١].

وقال أبو يوسف رحمه الله بعد: إن كان متهمًا أيضًا لم أقبل منه بينة وجعلته خصمًا إلا أن يأتي بشهود أعرفهم.

وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل منه وأصدقه ولا نجعل بينهما خصومة. وكان ابن أبي ليلى بعد ذلك يقول: إذا اتهمته سألته البينة على الوكالة فإن لم يقم البينة جعلته خصمًا.

قال: وإذا كان للرجل على الرجل مال فجاء رجل فقال: قد وكلني بقبضه منك فلان، فقال الذي عليه المال: صدقت، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: أجبره على أن يعطيه إياه، وبه نأخذ [٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أجبره على ذلك إلا أن يقيم بينة

---

(١) وبه قال الإمام محمد أيضًا. والمسألة في كتاب الدعوى (ص ٣٧ ج ١٧) من المبسوط، ولفظه: ولو ادعى عينًا في يد رجل أنه له وقال الذي هو في يديه: أودعنيه فلان أو أعارنيه أو وكلني بحفظه، لم يخرج من خصومة المدعي إلا أن يقيم البينة على ما قال عندنا، قال: ولنا أن هذه البينة تثبت أمرين: أحدهما الملك للغائب والحاضر ليس بخصم فيه.
والثاني دفع خصومة المدعي عنه وهو خصم في ذلك فكانت مقبولة فيما وجدت فيكون خصمًا فيه إلخ.
قال: وعن أبي يوسف إن كان ذو اليد رجلا معروفًا بالحيل لم تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة، وإن كان صالحًا تندفع الخصومة عنه. رجع إلى هذا حين ابتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس فقال: قد يحتال المحتال ويدفع ماله إلى من يريد شراء، ويأمر من يودعه علانية حتى إذا ادعاه إنسان يقيم البينة على أنه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه، ومقصوده من ذلك الإضرار بالمدعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة فلا تندفع الخصومة عنه إذا كان متهمًا بمثل هذه الحيلة، قال السرخسي: فإن شهد شهود ذي اليد أنه أودعه رجل لا يعرفه لم تندفع الخصومة عنه، فلعل ذلك الرجل هو الذي حضر ينازعه، وليس في هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة إلخ. قال: وإن قال الشهود: أودعه رجل نعرفه بوجهه إذا رأيناه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فعلى قول محمد لا تندفع الخصومة عنه، وعند أبي حنيفة تندفع الخصومة عنه – ذكره في الجامع ثم ذكر حجتهما. فإن شئت زيادة فراجعه.

(٢) قال في المبسوط (ص ٨٦ ج ١٩) باب الوكالة في الدين: وإن أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال إليه، فإن القاضي يقضي عليه بالمال للوكيل على ما بينا أن المديون يقضي الدين بملك نفسه، وهو إنما أقر بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول لا يجبره القاضي على الدفع إليه ولكن يقول له: أنت أعلم إن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه، لأنه لم يثبت كونه نائبًا عن الطالب في حق القاضي، وولاية الإجبار بعد ثبوت كونه ثابتًا عنده، ولكنا نقول: قد ثبت ذلك بخبر الوكيل وتصديق المطلوب إذ ليس هناك مكذب لهما، وكل خبر عند القاضي محمول على الصدق ما لم يأت له معارض، ولكن إذا حضر

عليه وأقول: أنت أعلم فإن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه.

قال: وإذا وكل الرجل رجلا في شيء، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: لا تثبت وكالته إلا أن يأتي معه بخصم. وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل بينته على الوكالة ونثبتها له وليس معه خصم. وقد كان أبو يوسف رحمه الله إذا جاءه رجل قد عرفه يريد أن يغيب فقال: هذا وكيلي في كل حق لي يخاصم فيه، قبل ذلك وأثبت وكالته، وإذا تغيب الخصم وكل له وكيلا وقضى عليه.

قال: وإذا وكل رجل رجلا بكل قليل وكثير، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يجوز بيعه لأنه لم يوكله بالبيع إلا أن يقول: ما صنعت من شيء فهو جائز. وبه نأخذ (٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا وكله في كل قليل وكثير فباع دارًا أو غير ذلك كان جائزًا
قال : وإذا وكلت المرأة وكيلا بالخصومة وهي حاضرة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أقبل إلا أن يرضى الخصم. وكان ابن أبي ليلى يقول: نقبل ذلك ونجيزه. وبه نأخذ (٣).

=

الطالب وأنكر الوكالة رجع على الغريم بماله إلخ. وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلفه أنه ما وكلني ليستحلفه على ذلك فإن حلف برئ وإن نكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل إلخ. ثم ذكر عن الخصاف قال: لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما يحلف على العلم، ثم ذكر دليله ودليلهما.

(١) وهي في (ص ١٠ ج ١٩) من المبسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في باب الوكالة في الدين ص ٧٠ ج ١٩ قال: وإذا وكله في كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل في تقاض ولا شراء ولا بيع إلا في قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول: ظاهر لفظه يتضمن ذلك، فإنه من القليل والكثير الذي له أن يباشره بولايته في ماله. ولكنا نقول: قد عرفنا يقينًا أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ما له أن يفعله، وإنما يثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك إلا ذلك بمنزلة قوله وكلتك بمالي.

(٣) قال في المبسوط ص ٧ ج ١٩: وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا: للمرأة أن توكل بذلك، بكرًا كانت أو ثيبًا، إذا لم يكن مروءة. وفي قوله الآخر وهو قول محمد: الرجل والمرأة سواء في ذلك لهم التوكيل بغير رضا الخصم الخ.

باب في الدين *

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا كان على الرجل دين وكان عنده وديعة غير معلومة بعينها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ما ترك الرجل فهو بين الغرماء وأصحاب الوديعة بالحصص، وبه نأخذ(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس لصاحب الوديعة شيء إلا أن يعرف وديعته بعينها، فتكون له خاصة. وقال أبو حنيفة ﷺ: هي دين في ماله ما لم يقل قبل الموت: قد هلكت، ألا ترى أنه لم يعلم لها سبيلاً ذهبت فيه؟ وكذلك كل مال أصله أمانة. وبه نأخذ.

قال: وإذا أقر الرجل في مرضه الذي مات فيه بدين وعليه دين بشهود في صحته وليس له وفاء، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يبدأ بالدين المعروف الذي في صحته، فإن فضل عنهم شيء كان للذين أقر لهم في المرض بالحصص، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئًا، ولا تجوز وصيته فيه لما عليه من الدين؟ فكذلك إقراره له. وبه نأخذ(٢). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو مصدق فيما أقر به، والذي أقر له في الصحة والمرض سواء.

---

(١) وفي مبسوط السرخسي في كتاب الوديعة (ص ١٢٩ ج ١١): «وإن مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة فإن عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء» لأن حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس. وكما كانوا أحق بها في حياة المديون فكذلك بعد موته «وإن لم تعرف بأعيانها قسم المال بالحصص، وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا» وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة. وأصل المسألة أن الأمين إذا مات مجهلا للأمانة فالأمانة تصير دينًا في تركته عندنا، لأنه بالتجهيل صار متملكًا، فإن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك إلخ.

(٢) قلت: المسألة في (ص ٢٦ ج ١٨) باب الإقرار في المرض من المبسوط قال: ولو كان عليه دين في الصحة وأقر في مرضه بدين أو وديعة كان دين الصحة مقدمًا على ما أقر به في المرض عندنا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: ما أقر به في الصحة والمرض فهو سواء. ثم ذكر حجج كليهما وبسط ورجح دليل الإمام ثم قال «ولو استقرض في مرضه مالا أو اشترى شيئًا وعاين الشهود قبضه ذلك فهذا يحاص غرماء الصحة لأنه لا تمكن التهمة فيما يثبت بمعاينة الشهود. وليس فيه إبطال حق الغرماء عن شيء بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعد له فظهر هذا السبب في حقهم وكان صاحبه مزاحمًا لهم في الشركة، ولو لم تكن التركة إلا عين المال الذي أخذه قرضًا أو بيعًا فهو كذلك» لأنه بالقبض تم ملكه فكان من جملة تركته عند موته يتعلق به حق جميع غرمائه إلخ.

---

* انظر: الحجة (٣/٢٥)، والمبسوط (ص٢٥/٤٨).

قال: وإذا استدانت المرأة وزوجها غائب، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: أفرض لها على زوجها نفقة مثلها في غيبته. ثم رجع عن ذلك فقال: لا شيء لها وهي متطوعة فيما انفقت والدين عليها خاصة [١]. وكان ابن أبي ليلى لا يفرض لها نفقة إلا فيما يستقبل. وكذلك بلغنا عن شريح [٢] وبهذا نأخذ.

قال: وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو قصاص. وبه نأخذ [٣]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يكون قصاصًا إلا أن يتراضيا به. فإن كان لأحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصًا في قولهما جميعًا.

قال وإذا أقر وارث بدين وفي نصيبه وفاء بذلك الدين، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يستوفي الغريم من ذلك الوارث المقر جميع ماله من نصيبه، لأنه لا ميراث له حتى يقضي الدين. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إنما يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث، فإن كان هو وأخٌ له دخل عليه النصف، وإن كانوا ثلاثة دخل عليه الثلث. والشاهد عنده منهم وحده بمنزلة المقر، وإن كانا اثنين جازت شهادتهما في جميع الميراث في قولهما جميعًا إذا كانا عدلين، فإن لم يكونا عدلين كان ذلك في أنصبائهما على ما فسرنا من قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

---

(١) قال في المبسوط (ص ١٨٤ ج ٥): «وكذلك لو استدانت عليه قبل قضاء القاضي أو التراضي» لأنه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وإنما ولايتها على نفسها فما استدانت يكون في ذمتها، وإنفاقها مما استدانت كإنفاقها من سائر أملاكها «فلا ترجع بشيء من ذلك على الزوج إلا أن يكون القاضي فرض لها عليه نفقة كل شهر أو صالحته على نفقة كل شهر ثم غاب أو حبس للنفقة فاستدانت عليه أولم تستدن أخذته بنفقة ما مضى» لأن حقها تأكد بقضاء القاضي أو بالصلح عن تراض، فإن ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي في الإلزام. وذكر عن شريح قال: «أيما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فإنما استدانت على نفسها» وإنما أراد به إذا لم يفرض القاضي لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما إذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج، لأن للقاضي عليه ولاية، فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه، قال «وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا أجيز القرض عليه إذا كان غائبًا» لأن القرض عليه إذا كان غائبًا إلزام وليس للقاضي ولاية الإلزام على الغائب.

(٢) قلت: أخرجه الإمام محمد في «الأصل» في النفقات كما ذكر فوق. وأخرجه في كتاب الحجة على أهل المدينة عن أبي كدينة يحيى بن المهلب عن مطرف بن طريف عن عامر الشعبي عن شريح أنه قال: إذا ادانت المرأة على زوجها لم يؤخذ به. ثم قال عامر: أرأيت لو مات على من هو عليها حيا وميتًا؟ وأخرجه عن سفيان الثوري عن معن عن الشعبي قال: قال شريح ليس عليه شيء إلا أن يكون أمرها «يعني المرأة إذا أنفقت وزوجها غائب» بدين أو أنفقت من مالها. (ص ٣٤٦).

(٣) وهو قول محمد أيضًا — أفاده في المختصر الكافي.

قال: وإذا كتب الرجل بقرض في ذكر حق ثم أقام بينة أن أصله كان مضاربة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: آخذه به وإقراره على نفسه بالقرض أصدق من دعواه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أبطله عنه وأجعله عليه مضاربة وهو فيه أمين. وإذا أقام الرجل على الرجل البينة بمال في ذكر حق من شيء جائز فأقام الذي عليه الدين البينة أنه من ربا، وأنه قد أقر أنه قد كتب ذكر حق من شيء جائز، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أقبل منه المخرج ويلزمه المال بإقراره أنه ثمن شيء جائز. وبه نأخذ [١]. وكان ابن أبي ليلى يقبل منه البينة على ذلك ويرده إلى رأس المال.

قال: وإذا أقر الرجل بمال في ذكر حق من بيع[٢] ثم قال بعد ذلك: لم أقبض المبيع ولم تشهد عليه بينة بقبضه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: المال له لازم ولا ألتفت إلى قوله[٣]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يلزمه شيء من المال حتى يأتي الطالب بالبينة أنه قد قبض المتاع الذي به عليه ذكر الحق. وقال أبو يوسف رحمه الله: أسأل الذي له الحق أبعت هذا؟ فإن قال: نعم. قلت: فأقم البينة على أنك قد وفيته متاعه، فإن قال الطالب: لم أبعه شيئًا لزمه المال.

قال: وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم وجاء عليه بالبينة فشهد أحد شاهديه بالألف وشهد الآخر بألفين، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا شهادة لهما لأنهما قد اختلفا. وكان ابن أبي ليلى يجيز من ذلك ألف درهم ويقضي بها للطالب. وبه نأخذ[٤]. ولو شهد

---

(١) وهو قول أصحابنا جميعًا. قال السرخسي: واستحسن ابن أبي ليلى في الفصلين جميعًا، لأنه وجد في ذلك عرفًا ظاهرًا بين الناس أنهم يكتبون القرض للاحتياط، وإن كانوا دفعوا المال مضاربة، ويقرون بثمن المتاع وإن كان أصل المعاملة قرضًا والزيادة ربا شرط عليه. فللعرف الظاهر قال: تقبل بينته على ذلك، ولكن هذا ليس بقوي، فهذا العرف يدل على شهادة الظاهر له وذلك دليل قبول قوله مع يمينه لا دليل قبول بينته، وبالاتفاق لا يقبل قوله مع يمينه لما سبق من الإقرار فكذلك لا تقبل بينته.

(٢) وفي المبسوط بمال في صك حق من ثمن بيع.

(٣) قال السرخسي: فقد بينا هذه المسألة في كتاب البيوع أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا يصدق وصل أم فصل، وفي قول أبي يوسف الأول إن وصل صدق، وإن فصل لا يصدق. ثم رجع فقال: إذا فصل يسأل المقر له عن سبب وجوب المال، فإن أقر أنه من ثمن بيع فالقول قول المقر إني لم أقبض المبيع، وهو قول محمد.

(٤) كذا في الأصل ولعل الصواب فرض المسألة في دعوى الألفين، لأن مسألة دعوى الألف متفق عليها بين الإمام وصاحبيه.

قال في البدائع (ص ٢٧٨ ج ٦): إذا ادعى رجل على رجل ألفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بألفين والآخر بألف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا، وعندهما تقبل على الألف.

أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخمسمائة كانت شهادة الألف جائزة في قولهما جميعا. وإنما أجاز هذا أبو حنيفة لأنه كان يقول: قد سمى الشاهدان جميعًا ألفا وقال الآخر خمسمائة فصارت هذه مفصولة من الألف.

قال: وإذا شهد الرجل على شهادة رجل وشهد آخر على شهادة نفسه في دين أو شراء أو بيع، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تجوز شهادة شاهد على شهادة شاهد ولا يقبل عليه إلا شاهدان. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب ﷺ [1]. وبه نأخذ[2]. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادة شاهد على شهادة شاهد. وكذلك بلغنا عن شريح [3]

=

ولو كان المدعي يدعي ألفًا وخمسمائة فشهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف تقبل على الألف بالإجماع. ثم ذكر دلائل القولين كليهما إلى أن قال: ولو ادعى ألفًا فشهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لا تقبل على الألف بالإجماع، لأن المدعي كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فأوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألفان إلا أنه قد قضاني ألفًا ولم يعلم به الشاهد فيقبل. وكذا لو ادعى ألفًا فشهد أحدهما بها والآخر بألف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألف وخمسمائة إلا أنه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل، لأنه إذ وفق فقد زال الاختلاف المانع من القول.

وفي المبسوط (ص ١٧٥ ج ١٦): فإن كان المدعي يدعي ألفا فقد أكذب الذي شهد على ألف وخمسمائة فلا تقبل شهادتهما له إلا أن يوفق فيقول: كان أصل حقي ألفًا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فحينئذ تقبل شهادتهما على الألف، لأنه وفق بتوفيق صحيح محتمل. قلت: فلعل قوله «وبه نأخذ» أدرجه الناسخ هنا سهوًا منه ومحله بعد قوله «لأنهما قد اختلفا» أو زيادته من سهو الناسخ، والله أعلم.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه [٣٣٩/٨] عن علي ﷺ ولفظه: «لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان» وروى ابن أبي شيبة [٥٥٤/٤] عن الشعبي أنه قال: «لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين» *.

(٢) ذكرت هذه المسألة في ضمن الاحتجاج في (ص ١٣٨ ج ١٦) من المبسوط في شرح قول الحاكم: «وإن شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا» إلخ وهو قوله: «وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لأن الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة» إلخ. ولم أجد ذكرها مستقلا كما ذكر ههنا، والله أعلم.

(٣) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية أبو أمية الكندي الكوفي، مخضرم، ولي لعمر الكوفة فقضى بها ستين سنة. وكان من جلة العلماء وأذكى العالم. وروى عن علي وابن مسعود، وعنه الشعبي وأبو وائل. روى له النسائي والبخاري في الصحيح وفي الأدب. قال الشعبي: كان أعلم الناس بالقضاء. مات سنة ٨٠ عن ١١٠ سنة، وقيل عن ١٢٠ سنة.

---

* انظر: نصب الراية (٨٧/٤).

وإبراهيم.

قال: وإذا شهد الشهود على دار أنها لفلان مات وتركها ميراثًا بين فلان وفلان، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: إن شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثا غير هؤلاء جازت الشهادة. وبه نأخذ[١]. وكان ابن أبي ليلي يقول: لا تجوز شهادتهم إذا قالوا: لا نعلم له وارثا غير هؤلاء حتى يثبتوا ذلك فيقولوا: لا وارث له غيرهم، وإذا جاء وارث غيرهم ببينة أدخله معهم في الميراث. ولم تبطل شهادة الأولين في قولهما.

قال: وإذا شهد الشهود على زنا قديم أو سرقة قديمة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: يدرأ الحد في ذلك، ويقضى بالمال وينظر في المهر لأنه قد وطئ فإذا لم يقم الحد بالوطء فلابد من مهر. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرة ذلك فإنما شهدوا على ضغن[٢] فلا شهادة لهم»[٣]. وبه نأخذ[٤]. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادتهم وأمضي الحد.فأما السكران فإن أتي به وهو غير سكران فلا حد عليه [٥]، وإن كان أخذ وهو سكران فلم يرتفع إلى الوالي حتى ذهب السكر عنه إلا أنه في يدي الشرط أو عامل الوالي فإنه يحد.

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي بشهادة فادعى المشهود عليه أنهم شهدوا بزور وقال: أنا أجرحهم وأقيم البينة أنهم استؤجروا وأنهم قوم فساق، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا أقبل الجرح على مثل هذا. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقبله. فأما غير

---

(١) وهذه المسألة في (ص ١٥٢ ج ١٦) قال بعد ما ذكر دليل ابن أبي ليلى ولكنا نقول: قولهم لا وارث له غيره نفي لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضي أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططًا وحملهم على الكذب، وإليه أشار في الكتاب فقال: من قبل أن هذا عيب يحملهم القاضي عليه، أو قال عنت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعلمون، وإن قالوا: لا نعلم له وارثًا غيره فهذا يكفي. وعلى قول ابن أبي ليلى لا يكفي لأن هذا ليس من الشهادة في شيء فإنهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون. وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضي لا يعلم إلخ.

(٢) الضغن: الحقد.

(٣) أخرجه الإمام محمد في كتاب الحدود من «الأصل».

(٤) والمسألة متفق عليها عندنا. أفاده السرخسي وقال: قد بينا المسألة في الحدود.

(٥) واحتج له السرخسي فقال لانعدام العلة الموجبة للحد. قال: ولكنا نقول: الموجب للحد هو الشرب إلى غاية السكر، ولا ينعدم ذلك وإن زال ما به من السكر إلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإنهما يشترطان بقاء الرائحة لإقامة الحد عليه، وعند محمد لا يشترط ذلك. وقد بيناه في الحدود.

ذلك من محدود في قذف أو شريك أو عبد فهما يقبلان في هذا الجرح جميعًا. وحفظي عن أبي يوسف أنه قال بعد: يقبل الجرح إذا شهد من أعرفه وأثق به.

قال: وإذا شهد الوصي للوارث الكبير على الميت بدين أو صدقة في دار أو هبة أو شراء، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يجوز ذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز. وبه نأخذ. وإذا شهد الوصي على غير الميت للوارث الكبير بشيء له خاصة فشهادته جائزة في قولهما جميعًا.

قال: وإذا ادعى رجل دينًا على ميت فشهد له شاهدان على حقه وشهد هو وآخر على وصية ودين لرجل[1] عليه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: شهادتهم جائزة لأن الغريم يضر نفسه بشهادته. وبه نأخذ [2].

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز شهادته. وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم لبعض لم تجز، لأنهم شركاء في الوصية الثلث بينهم. وقال أبو يوسف: أصحاب الوصايا والغرماء سواء، لا تجوز شهادة بعضهم لبعض.

قال: وإذا شهد الرجل لامرأته، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تجوز شهادته لها. وكذلك بلغنا عن شريح [3]. وبهذا نأخذ [4]. وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته لها جائزة.

قال: وإذا شهد الرجل على شهادة وهو صحيح البصر ثم عمي فذهب بصره، فإن

---

(١) وفي المبسوط لرجل آخر.

(٢) وهو قول أصحابنا كلهم - أفاده السرخسي.

(٣) قلت أخرجه أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن الهيثم عن عامر عن شريح «أنه كان لا يجيز شهادة الرجل لامرأته. ولا المرأة لزوجها، ولا الشريك لشريكه، ولا السيد لعبده، ولا رجل لأبيه ولا أب لابنه، ولا الأعمى، ولا المحدود في قذف» وأخرجه الحسن بن زياد أيضًا عنه في مسنده، وأخرجه طلحة بن محمد من طريق المقرئ عنه وابن خسرو من طريق ابن زياد والكلاعي عن الوهبي عنه. وأخرجه محمد في آثاره ومبسوطه وليس فيه ذكر الأعمى، وليس في رواية الآثار ذكر السيد، ولا ذكر الأعمى. وأخرجه عبدالرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما. قلت: قال في تخريج الهداية ويقال: إن الخصاف أخرجه بإسناده مرفوعًا. قلت: وذكره السرخسي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا، وذكر سند حديث خصاف القارئ في شرح المختصر فقال: عن صالح بن زريق عن مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ: «لا يجوز شهادة الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره».

(٤) قلت: وبه أخذ محمد أيضًا وحجتهم في (ص ١٢٣ ج ١٦) من المبسوط ولم يذكر فيه خلاف ابن أبي ليلى.

أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تجوز شهادته تلك إذا شهد بها [١]. بلغنا عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه رد شهادة أعمى شهد عنده [٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته جائزة. وبه نأخذ، وإذا كان شيء لا يحتاج أن يقف عليه.

قال: وإذا أقر الرجل بالزنا أربع مرات في مقام واحد عند القاضي، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هذا عندي بمنزلة مرة واحدة ولا حد عليه في هذا. وبه نأخذ [٣]. بلغنا عن رسول الله ﷺ أن ماعز بن مالك ﷺ أتاه فأقر عنده بالزنا فرده، ثم أتاه الثانية فأقر عنده فرده، ثم أتاه الثالثة فأقر عنده فرده، ثم أتاه الرابعة فأقر عنده فسأل قومه: **هل تنكرون من عقله شيئًا؟** قالوا: لا، فأمر به فرجم [٤].

وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقيم الحد إذا أقر أربع مرات في مقام واحد.

قال: وإذا أقر الرجل بالزنا عند غير قاض أربع مرات، فإن أبا حنيفة ﷺ كان لا يرى ذلك شيئًا ولا يحده. وبه نأخذ [٥]. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا قامت عليه الشهود بذلك أحده.

قال: وإذا رجع الرجل عن شهادته بالزنا وقد رجم صاحبه بها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يضرب الحد ويغرم ربع الدية. وبه نأخذ [٦]. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقتله،

---

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا والمسألة ذكرت في كتاب الشهادة (ص ١٣٠ ج ١٦) من مبسوط السرخسي مع خلاف أبي يوسف وحججه وحججهما ولم يذكر قول ابن أبي ليلى.

(٢) قلت: أخرجه محمد في شهادات «الأصل» عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى فذكر ذلك لعلي ﷺ فرد شهادته. قال محمد: وبه نأخذ وأخرج عبد الرزاق عن الأسود بن قيس عن أشياخه أن عليًا لم يجز شهادة الأعمى في سرقة.

(٣) قلت: المسألة في (ص ٩١ ج ٩) في باب الإقرار بالزنا، وهي متفق عليها بين أصحابنا. واحتج السرخسي لهم بما لا مزيد عليه وجمع اختلاف روايات الحديث الذي ذكره هنا وبين معانيها ووفق بينها فراجعه إن شئت زيادة الإطلاع.

(٤) أخرجه هو في خراجه عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة. وأخرجه في آثاره عن الإمام عن علقمة عن ابن بريدة عن أبيه والحارثي من طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد بن عمرو الحماني والمقرئ وعدة من أصحاب الإمام عنه عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه. وأخرجه أبو داود والنسائي عن أبي هريرة، وروياه،وأحمد في مسنده عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه: كان ماعز بن مالك يتيمًا في حجر أبي فأصاب جارية – الحديث.

(٥) وهو قول محمد أيضًا.

(٦) قلت: ذكرت هذا المسألة في كتاب الحدود (ص ١٠٤ ج ٩) من المبسوط مختصرة قال: «وإن شهد خمسة على رجل بالزنا والإحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شيء عليه لبقاء حجة تامة فإن رجع آخر غرما ربع الدية لأن الباقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس

فإن رجعوا أربعتهم قتلتهم ولا نغرمهم الدية، فإن رجع ثلاثة في قول أبي حنيفة ﷺ ضربوا الحد وغرم كل واحد منهم ربع الدية.

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي على عبد وحلوه ووصفوه وهو في بلدة أخرى فكتب القاضي شهادتهم على ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أقبل ذلك ولا أدفع إليه العبد، لأن الحلية قد توافق الحلية وهو ينتفع بالعبد حتى يأتي به إلى القاضي الذي كتب له، أرأيت لو كانت جارية جميلة والرجل غير أمين أكنت أبعث بها معه؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: يختم في عنق العبد ويأخذ من الذي جاء بالكتاب كفيلا ثم يبعث به إلى القاضي، فإذا جاءه العبد والكتاب الثاني دعا الشهود، فإن شهدوا أنه عبده أبرأ كفيله وقضى بالعبد أنه له وكتب له بذلك كتابًا إلى القاضي الذي أخذ منه الكفيل حتى يبرئ كفيله. وبه نأخذ.

قال: وإذا شهد الرجل من أهل الكوفة شهادة فعدل بمكة وكتب بها قاضي مكة إلى قاضي مصر في مصر غير مصره بالشهادة وزكي هناك وكتب بذلك إلى قاضي الكوفة فشهد قوم من أهل الكوفة أن هذا الشاهد فاسق، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: شهادتهم لا تقبل عليه أنه فاسق. وبه نأخذ [1] وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نرد شهادته ويقبل قولهم.

=

ويحدان جميعًا لأنه لم يبق على الشهادة من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فعليهما الحد» قلت: ولم يذكر باقي المسألة ولا قول ابن أبي ليلى.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا. أفاده السرخسي. وقد اختصر المسألة فقال: «إذا شهد قوم من أهل الكوفة أن ذلك الشاهد فاسق، فإن شهادتهم لا تكون مقبولة عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تقبل وترد شهادة الشاهد، لأن فسقه لو صار معلومًا للقاضي بخبر المخبر رد شهادته فإذا صار معلومًا له بشهادة الشهود أولى، ولأن الفسق مانع من العمل بشهادته إلخ. وجه قولنا أن المقصود بهذه الشهادة النفي لا الإثبات والبينات للإثبات لا للنفي، وبيان الوصف أن المقصود نفي وجوب العمل بشهادته، وبه فارق الرق وإقامة الحد عليه، لأن تلك البينة تقوم لإثبات الرق عليه، ولإثبات فعل القاضي في إقامة الحد عليه ثم يتضمن ذلك بطلان شهادته حكمًا. يوضحه أن صفة الفسق ليست بصفة لازمة، فإن الفاسق إذا تاب لا يبقى فاسقًا، فالشاهد لا يعلم بقاء هذا الوصف فيه عند شهادته حقيقة وإنما يقول ذلك باستصحاب الحال وذلك يطلق له الخبر دون الشهادة فكان مجازفًا في هذه الشهادة، بخلاف الرق وإقامة الحد عليه، فإن ذلك صفة لازمة له فيجوز للشاهد أن يشهد على ذلك إذا كان قد علم سببه حقيقة، ولأن الفسق يثبت بأسباب يختلف الناس في بعضها فلعل الشاهد بذلك يعتمد بسبب عنده أن ذلك فسق وعند القاضي ليس بفسق، فلا يجوز له أن يعتمد مجرد شهادته أنه فاسق بخلاف الرق وإقامة الحد عليه».

وقال أبو حنيفة ﷺ: لا ينبغي للقاضي أن يفعل ذلك، لأنه قد غاب عن الكوفة سنين فلا يدري ما أحدث ولعله قد تاب.

قال: وإذا شهد شاهدان من اليهود على رجل من النصارى وشهد شاهدان من النصارى على رجل من اليهود، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ذلك جائز، لأن الكفر كله ملة واحدة. وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى لا يجيز ذلك ويقول: لأنهما ملتان مختلفتان. وكان أبو حنيفة يورث اليهودي من النصراني والنصراني من اليهودي ويقول: أهل الكفر بعضهم من بعض وإن اختلفت مللهم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يورث بعضهم من بعض.

قال: وإذا شهد الشهود عند قاضي الكوفة على عبد وحلوه ووصفوه أنه لرجل، فإن أبا حنيفة ﷺ قال: لا أكتب له. وقال ابن أبي ليلى: أكتب له شهادتهم إلى قاضي البلد الذي فيه العبد، فيجمع القاضي الذي العبد في بلده بين الذي جاء بالكتاب وبين الذي عنده العبد، فإن كان للذي عنده العبد حجة وإلا بعث بالعبد مع الرجل الذي جاء بالكتاب مختومًا في عنقه وأخذ منه كفيلا بقيمته ويكتب إلى القاضي بجواب كتابه بذلك، فيجمع قاضي الكوفة بين البينة وبين العبد حتى يشهدوا عليه بعينه ثم يرده مع الذي جاء به

---

(١) وبه قال محمد. أفاده في المبسوط كتاب الشهادات (ص ١٣٣ ج ١٦) واحتج لهم بحجج كثيرة، منها «ورجم رسول الله ﷺ يهوديين زنيا بشهادة أربعة منهم». وعن أبي موسى ﷺ أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض. والسلف مجمعون على هذا، حتى قال يحيى بن أكثم: «تتبعت أقاويل السلف فلم أجد أحدًا منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أني رأيت لربيعة فيه قولين. والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم. وبيان الوصف في قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾ والمراد منه الولاية دون الموالاة، فإنه معطوف على قوله تعالى: ﴿ مَا لَكُم مِّن وَلَـٰيَتِهِم مِّن شَىْءٍ ﴾ والدليل عليه أنها تصح الأنكحة فيما بينهم ولا نكاح إلا بولي» والمسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الإطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدي ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فإذا ثبتت الأهلية للولاية ثبتت الأهلية للشهادة. قال: ولأن الكفر ملة واحدة عندنا.

قال تعالى: ﴿ هَـٰذَانِ خَصْمَانِ ٱخْتَصَمُواْ فِى رَبِّهِمْ ﴾ وقال: ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِىَ دِينِ ﴾ فعابد الحجر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وإن اختلفت نحلهم، كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت مذاهبهم. قلت: روى ابن ماجه [٧٩٤/٢] عن جابر أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض *. فهذا حجة على ابن أبي ليلى.

---

* قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٥٦/٣): هذا إسناد ضعيف من أجل مجالد بن سعيد، ورواه البيهقي في الكبرى من طريق محمد بن طريف فذكره بإسناده ومتنه (١٦٥/١٠).

إلى قاضي البلد الذي كان فيه العبد حتى يجمع بينه وبين خصمه ثم يمضي عليه القضاء ويبرأ كفيله. وبه نأخذ(١).

قال أبو يوسف ما لم تجئ تهمة أو أمر يستريبه من الغلام.

وإذا سافر الرجل المسلم فحضره الموت فأشهد على وصيته رجلين من أهل الكتاب، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تجوز شهادتهما. وبه نأخذ (٢) لقول الله عز وجل: ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾. وكان ابن أبي ليلى يقول: ذلك جائز (٣).

وكان أبو حنيفة ﷺ لا يرى على شاهد الزور تعزيرًا غير أنه يبعث به إلى سوقه إن كان سوقيًا، إلى مسجد قومه إن كان من العرب فيقول: القاضي يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس. وذكر ذلك(٤) أبو حنيفة عن

---

(١) وهذه المسألة مكررة، وقد مرت مثلها قبيل ذلك بتغيير يسير.

(٢) وهو قول محمد أيضًا – أفاده السرخسي.

(٣) قال الإمام السرخسي: وهو قول شريح فإنه كان يقول: لا تقبل شهادة أهل الكتاب على المسلمين في شيء إلا في الوصية، ولا تقبل في الوصية إلا في حالة السفر.
وقد نقل ذلك عن إبراهيم لظاهر قوله تعالى: ﴿ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ يعني من غير أهل دينكم بدليل، قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ ﴾ ولكن نقل عن إبراهيم أنه قال: هذه الآية منسوخة نسخها قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾.
وقد نقل عن عكرمة أن المراد من قوله تعالى: ﴿ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ أو من غير قبيلتكم، وهذا لأن العداوة بين القبائل في الجاهلية كانت ظاهرة، فبين الله تعالى أنه لا معتبر بها بعد الإسلام، وأن شهادة بعضهم على بعض مقبولة. ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ ﴾ وذلك إنما يكون في حق المسلمين الذين يصلون، وقد صح الحديث أن النبي ﷺ قال: «لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فإن شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها» إلخ *.

(٤) قلت: أخرجه الإمام محمد في آثاره عنه عن الهيثم عمن حدثه عن شريح. وروى ابن أبي شيبة من طريق أبي حصين: كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجد قومه أو سوقه ويقول: إنا قد زيفنا شهادة هذا. وروى عبدالرزاق عن الثوري عن الجعد بن ذكوان: أتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به إلى المسجد يعرفه الناس. قلت: أخرج البيهقي عن علي بن الحسين قال: «كان علي إذا أخذ شاهد زور بعثه إلى عشيرته فقال: إن هذا شاهد زور فاعرفوه ثم خلى سبيله»

---

* رواه ابن أبي شيبة (٥٣٣/٤)، وعبد الرزاق (١٢٩/٦) والدارقطني (٦٩/٤). وابن الجوزي في التحقيق (٣٩١/٢). وقال الدراقطني : فيه عمر بن راشد ليس بالقوي.

القاسم[١] عن شريح. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه التعزير ولا يبعث به ويضربه خمسة وسبعين سوطًا. قال أبو يوسف: أعزره ولا أبلغ به أربعين سوطًا، ويطاف به، وقال أبو يوسف: بعد ذلك: أبلغ به خمسة وسبعين سوطًا [٢].

قال: وإذا اختلف الشاهدان في الموطن الذي شهدا فيه[٣] فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا نعزرهما، ويقول: لأني لا أدري أيهما الصادق من الكاذب إذا كانا شهدا على فعل؟ فإن كانا شهدا على إقرار فإنه كان يقول: لا أدري لعلهما صادقان جميعًا وإن اختلفا في الإقرار. وبه نأخذ[٤]. وكان ابن أبي ليلى يرد الشاهدين وربما ضربهما وعاقبهما. وكذلك لو خالف المدعي الشاهدين في قول أبي حنيفة ﷺ فشهدا بأكثر مما ادعى، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا نضربهما ونتهم المدعي عليهما[٥]. وكان ابن أبي ليلى ربما

---

(١) كذا في الأصل ولعله تصحيف الهيثم لأن الهيثم محتمل التصحيف إلى القسم على رسم الأقدمين، ولأن محمدًا رواه عنه عن الهيثم أو هو قاسم بن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود الهذلي أبو عبدالرحمن قاضي الكوفة، وهو يروي عن أبيه وجابر بن سمرة، وعنه عمرو بن مرة وأبو إسحاق. وروى له الأربعة والبخاري. مات سنة ١١٠هـ.

(٢) قال السرخسي في شهادات المبسوط ص ١٤٥ ج ١٦ : وقال أبو يوسف ومحمد: يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطًا. وقال أبو يوسف بعد ذلك: يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطًا. فهما استدلا بحديث عمر ﷺ حيث قال في شاهد الزور: يضرب أربعين سوطًا ويسخم وجهه ويطاف به، إلا أن الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه، فإن ذلك مثلة ونهى رسول الله ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور، فبقي حكم التعزير إلخ. وأبو حنيفة أخذ بقول شريح فإنه كان قاضيًا في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما فما اشتهر من قضاياه كالمروي عنهما. ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك في حقهم. فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة، وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك وإقراره على نفسه بذلك دليل توبته، فلهذا لا يعزر ويكتفى بالتشهير. ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته، لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيرًا لائقًا بجريمته فيكتفى به، وما نقل عن عمر محمول على معنى السياسة إذا علم الإمام أنه لا ينزجر إلا به، ألا ترى أنه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه؟ فكذلك التعزير.

(٣) وفي المبسوط: «وإذا اختلف الشاهدان في المواطن التي شهدا فيها على عمل أو غصب لم تقبل شهادتهما ولا يعزران على ذلك عندنا» إلخ.

(٤) استدل لهم في المبسوط فقال: «ولكنا نقول: لا ندري أيهما الكاذب منهما فضرب كل واحد منهما عبث ولابد من تقرر السبب في حقه حتى يجوز الإقدام على ضربه وذلك لا يوجد في حق كل واحد منهما».

(٥) واحتج لهم السرخسي فقال: «ولكنا نقول: لعل المدعي هو الغالط والكاذب والشهود صادقون
=

عزرهما وضربهما وربما لم يفعل.

قال: وإذا لم يطعن الخصم في الشاهد، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يسأل القاضي عن الشاهد. وكان ابن أبي ليلى يقول: يسأل عنه. وبهذا نأخذ[١]. وكان أبو حنيفة ﷺ لا يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض. وبه نأخذ [٢]. وكان ابن أبي ليلى يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض [٣].

في شهادتهم وبدون السبب لا تجب عليهم العقوبة وإن كان لا يعمل بشهادتهم لتكذيب المدعي إياهم».

(١) قال في المبسوط: وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن السؤال عن الشهود لصيانة قضائه فإنه ممنوع شرعًا من القضاء بشهادة الفاسق. وأبو حنيفة ﷺ يقول: العدالة ثابتة بظاهر الإسلام كما قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض» فيعتمد القاضي هذا الظاهر ما لم يطعن الخصم فإذا طعن اشتغل بالسؤال، لأن الظاهر من حال الطاعن أنه لا يكذب أيضًا فإنه مسلم. وقد بينا هذه المسألة بفصولها في: «أدب القاضي»

(٢) وهو قول محمد أيضًا – أفاده السرخسي بقوله: «عندنا»

(٣) زاد السرخسي بعده: في الجراحات وتمزيق الثياب التي تكون بينهم في الملاعب ما لم يتفرقوا، فإن كانوا تفرقوا لم تجز شهادتهم. ثم قال: ولكنا نقول: المعنى الذي لأجله لا تكون لهم شهادة على البالغين انقطاع الولاية، فإن الصبي ليس من أهل الولاية على أحد. وهذا المعنى موجود في شهادة بعضهم على بعض، والضرورة التي اعتادوها لا تتحقق فإنا أمرنا أن نمنعهم من الاجتماع للعب فتندفع هذه الضرورة بمنعنا إياهم عن ذلك.

باب في الأيمان

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا ادعى الرجل على الرجل دعوى وجاء بالبينة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا نرى عليه يمينًا مع شهوده. ومن حجته في ذلك أنه قال: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعي**»[١]، فلا نجعل على المدعي ما لم يجعل عليه رسول الله ﷺ، لا تحول اليمين عن الموضع الذي وضعها عليه النبي ﷺ. وبه نأخذ[٢].

وكان ابن أبي ليلى يقول: على المدعي اليمين مع شهوده، وإذا لم يكن له شهود لم يستحلفه وجعل اليمين على المدعى عليه، فإن قال المدعى عليه: أنا أرد اليمين عليه فإنه لا يرد اليمين عليه[٣] إلا أن يتهمه فيرد اليمين عليه إذا كان كذلك، وهذا في الدين.

قال: وإذا ورث الرجل ميراثًا دارًا أو أرضًا أو غير ذلك فادعى رجل فيها دعوى ولم تكن له بينة فأراد أن يستخلف الذي ذلك في يديه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: اليمين على علمه أنه لا يعلم لهذا فيه حقًا. وكذلك كان ابن أبي ليلى يقول أيضًا. وإنما جعل أبو حنيفة ﷺ على هذا اليمين على علمه، لأن الميراث لزمه، إن شاء وإن أبى،

---

(١) أخرجه طلحة بن محمد من طريق أبي يوسف عن الإمام عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا: «البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه إذا أنكر»*.وأخرجه ابن خسرو من طريق إسحاق بن خالد وعبد الله بن عبد الرحمن عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن شريح بن الحارث عن عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ «أنه قضى بالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إذا أنكر»** وأخرجه الحارثي عن أبي يوسف عن الإمام عن حماد عن الشعبي عن ابن عباس رفعه: «المدعى عليه أولى باليمين إذا لم تكن بينة» *** وحديث ابن عباس متفق عليه. وأخرجه البيهقي بألفاظ مختلفة.

(٢) وبه أخذ محمد أيضًا – أفاده السرخسي.

(٣) وعندنا لا يرد اليمين عليه، لأن اليمين لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن، وحاجة المدعي إلى إثبات ما لم يكن ثابتًا واليمين لا يصلح حجة في ذلك، ثم هو مخالف للنص، فإن النبي ﷺ قال للمدعي: «ليس لك إلا هذا: شاهداك أو يمينه»**** فهو تنصيص على أنه لا يمين في جانب المدعي – السرخسي في المبسوط.

---

* رواه البخاري (٢/ ٩٣١)،والترمذي (٣/ ٦٢٥)، وابن ماجه (٣/ ٧).

** انظر: المحلى لابن حزم (٩/ ٧٤)(١١/ ٦٦).

*** رواه النسائي (٨/ ٢٤٨).

**** رواه البخاري (٢/ ٨٨٩، ٩٤٨)،ومسلم (١/ ١٢٣).

والبيع لا يلزمه إلا بقبول، وإذا كان الشيء لا يلزمه إلا بفعله وقبول منه مثل البيع والهبة والصدقة، فاليمين في ذلك ألبتة. والميراث لو قال: لا أقبله كان قوله ذلك باطلا وكان الميراث له لازمًا فلذلك كانت اليمين على علمه في الميراث. وبه نأخذ[١].

وكان ابن أبي ليلى يقول: اليمين عليه على علمه في جميع ما ذكرت لك من بيع وغير ذلك.

وقال وإذا استحلف المدعي المدعى عليه على دعواه فحلفه القاضي على ذلك ثم أتى بالبينة بعد ذلك على تلك الدعوى، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقبل منه ذلك، لأنه بلغنا عن عمر بن الخطاب ﷺ وشريح أنهما كانا يقولان: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة[٢]. وبهذا نأخذ[٣].

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه البينة بعد اليمين وبعد فصل القضاء.

---

(١) وفي المبسوط ص١٧٣ ج١٧: «ولو أن رجلا ورث دارًا من أبيه فادعى آخر أنه أخوه لأبيه قد ورث أباه معه هذه الدار وجحد ذو اليد ذلك لم يستحلف على النسب» هنا بالاتفاق. أما عند أبي حنيفة فلا يشكل، وأما عندهما فكل نسب لو أقر به لم يصح يستحلف على ذلك إذا أنكره لما بينا أن النكول عندهما قائم مقام الإقرار، والأخوة لا تثبت بإقراره لو أقر بها فكذلك لا يستحلف عليه بخلاف الأبوة والبنوة «ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له في هذه الدار نصيبًا» كما يدعي الإرث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير، لأنه يدعي الإرث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على البتات. قال في الهداية: «ومن ورث عبدًا وادعاه آخر يستحلف على علمه» لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات «وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات» لو جود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعًا وكذا الهبة. قال في العناية: «والضابطة في ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه: لا علم لي بذلك. وأما إذا كان له بذلك علم فيحلف على البتات، وإن وقعت على فعل المدعي عليه كان الحلف على البتات».

(٢) قال البيهقي في سننه باب البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة [١٨٢/١٠]: روي ذلك عن عمر بن الخطاب وشريح، ثم روي عن شريك عن عاصم عن ابن سيرين عن شريح قال: «من ادعى قضائي فهو عليه حتى يأتي بالبينة، الحق أحق من قضائي، الحق أحق من يمين فاجرة».

(٣) وبه قال محمد. والمسألة في (ص ١١٩ ج ١٦) من المبسوط قال: وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد يمين الخصم، وكانوا يقولون: كما يترجح جانب الصدق في جانب المدعي بالبينة ويتعين ذلك حتى لا ينظر إلى يمين المنكر بعده. فكذلك يتعين الصدق في جانب المدعى عليه إذا حلف فلا يلتفت إلى بينة المدعي بعد ذلك ولسنا نأخذ بذلك وإنما نأخذ به بقول عمر ﷺ حيث قال: «اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة» ولسنا نقول: يمين المدعى عليه يتعين معنى الصدق في إنكاره لكن المدعي لا يخاصمه بعد ذلك لأنه لا حجة له فإذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها.

باب الوصايا

قال أبو يوسف: وإذا أوصى الرجل بسكنى دار أو بخدمة عبد أو بغلة بستان أو أرض، وذلك ثلثه أو أقل، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ذلك جائز. وبه نأخذ [١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز ذلك، والوقت في ذلك وغير الوقت في قول ابن أبي ليلى سواء.

قال: وإذا أوصى الرجل للرجل بأكثر من ثلثه فأجاز ذلك الورثة في حياته وهم كبار ثم ردوا ذلك بعد موته، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تجوز عليهم تلك الوصية، ولهم أن يردوها، لأنهم أجازوا وهم لا يملكون الإجازة ولا يملكون المال. وكذلك بلغنا عن عبد الله بن مسعود ﷺ [٢] وشريح. وبهذا نأخذ[٣]. وكان ابن أبي ليلى يقول: إجازتهم

---

(١) وهو قول الإمام محمد أيضًا. أفاده السرخسي والمسألة في باب الوصية بالغلة (ص ١٨١ ج ٢٧) من المبسوط. واحتج لابن أبي ليلى فقال: «لأن الموصي يملك له بإيجابه وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له. والمنفعة والغلة التي تحدث بعد موته ليست بمملوكة له، وبإيجابه لا يتناول المنفعة والغلة التي تحدث في حال حياته. فيبطل وصيته بها». قال: ولكنا نقول: المنفعة تحتمل التمليك ببدل وبغير بدل في حال الحياة فيجعل التمليك بعد الموت أيضًا، وهذا لأن الموصي تبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفًا على حاجته فإنما يحدث المنفعة على ملكه، فإذا ثبت هذا في المنفعة فكذلك في الغلة. لأنها بدل المنفعة، والوصية بخلاف الميراث فالإرث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة، لأن الوراثة خلافة. وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكًا للمورث وهذا لا يتصور إلا فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقي وقتين. فأما الوصية إيجاب ملك بالعقد بمنزلة الإجارة والإعارة فيما أبقى.

(٢) أخرجه الإمام محمد في آثاره عن الإمام عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود قال محمد: وبه نأخذ، إجازة الورثة قبل الموت ليس بشيء، فإن أجازوه بعد الموت وهي لوارث أو أكثر من الثلث فذلك جائز، وليس لهم أن يرجعوه، وهو قول أبي حنيفة. وأخرجه ابن خسرو من طريقه عنه. وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود ولفظه أنه قال في الرجل يوصي بأكثر من الثلث فيجيزه الورثة في حياة الموصي فإذا مات الموصي أبوا أن يجيزوا فإن لهم ذلك. وأخرجه ابن خسرو من طريقه عنه. وأخرجه محمد في وصايا «الأصل» عن إبراهيم قوله. وأما قول شريح فلم أجده.

(٣) وبه أخذ الإمام محمد أيضًا. أفاده السرخسي في مبسوطه ص ١٥٣ ج ٢٧ قال: لأن حقهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلا لوصية الموصي ليتدارك به ما فرط في حياته فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الإضرار بورثته بإسقاط حقهم به وإيثار الأجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد قصده بأن يأبى الإجازة ولا معتبر بإجازته في حياة الموصي عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تصح إجازته في حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته، لأنه سقط حقه بالإجازة الخ. قال «ولكنا نقول: إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب

جائزة عليهم لا يستطيعون أن يرجعوا إلى شيء منها. ولو أجازوها بعد موته ثم أرادوا أن يرجعوا فيها قبل أن تنفذ الوصية لم يكن ذلك لهم وكانت إجازتهم جائزة في هذا الموضع في قولها جميعًا.

قال: وإذا أوصى رجل بثلث ماله لرجل وبماله كله لآخر فرد ذلك الورثة كله إلى الثلث، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الثلث بينهما نصفان لا يضرب صاحب الجميع بحصة الورثة من المال. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثلث بينهما على أربعة أسهم يضرب صاحب المال بثلاثة أسهم ويضرب صاحب الثلث بسهم واحد. وبه نأخذ (١).

باب المواريث

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا مات الرجل وترك أخاه لأبيه وأمه وجده، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: المال كله للجد وهو بمنزلة الأب في كل ميراثه. وكذلك بلغنا عن أبي بكر الصديق وعن عبد الله بن عباس وعن عائشة أم المؤمنين وعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهم أنهم كانوا يقولون: الجد بمنزلة الأب إذا لم يكن له أب (٢). وكان ابن أبي ليلى يقول في الجد بقول علي بن أبي طالب ﷺ: للأخ النصف وللجد النصف. وكذلك قول زيد بن ثابت وعبدالله بن مسعود رضى الله عنهما في هذه المنزلة (٣).

= تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فقبل اتصال الموت لا يكون سببًا، وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا إسقاط الحق قبل تقرر السبب إلخ وأطال الاحتجاج عليه.

(١) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الوصايا (ص ١٤٨ ج ٢٧) من المبسوط. وكذلك في (ص ١٦٨) واحتج للقولين بحجج كثيرة قوية حسنة، فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه.

(٢) قلت: أما قول أبي بكر فأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجة على أهل المدينة عن ابن عباس وأبي موسى الأشعري عنه وعن عطاء والحسن عنه مرسلا. وأخرجه البخاري عن عكرمة عن ابن عباس عنه، والبيهقي رواه كذلك عنه وعن ابن الزبير عنه، ورواه عن أبي سعيد الخدري وعن عثمان عنه. وأما قول ابن عباس فأخرجه محمد في الحجة والبيهقي في سننه والبخاري ذكره تعليقًا. وأما ابن الزبير فروى البيهقي من طريق أيوب عن ابن أبي مليكة أن أهل الكوفة كتبوا إلى عبد الله بن الزبير يسألونه عن الجد فقال: أما الذي قال رسول الله ﷺ: «لو اتخذ أحد خليلا لاتخذته» فإنه أنزله أبا، يعني أبا بكر ﷺ اهـ. فأفتى بقول أبي بكر ﷺ. وأما قول أم المؤمنين فلم أجده. قلت: وزاد السرخسي فقال: وهو قول أبي موسى وأبيّ وعمران بن حصين وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل رضوان الله عليهم أجمعين. وهو قول شريح وعطاء وعبدالله بن عتبة.

(٣) قول علي وزيد وابن مسعود أخرجه البيهقي. وروى مثله عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وروى البيهقي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما مثل قول أبي بكر أيضًا. وكذلك اختلف على =

قال: إذا أقرت الأخت، وهي لأب وأم وقد ورث معها العصبة بأخ لأب، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: نعطيه نصف ما في يدها، لأنها أقرت أن المال كله بينهما نصفان فما كان في يدها منه فهو بينهما نصفان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا نعطيه مما في يدها شيئًا لأنها أقرت بما في يدي العصبة، وهو سواء في الورثة كلهم ما قالا[١] جميعًا.

قال: وإذا مات الرجل وترك امرأة وولدها ولم يقر بحبل امرأته ثم جاءت بولد بعد موته وجاءت بامرأة تشهد على الولادة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أقبل هذا ولا أثبت نسبه ولا أورثه بشهادة امرأة. وكان ابن أبي ليلى يقول: أثبت نسبه وأورثه بشهادتها وحدها. وبه نأخذ [٢].

قال: وإذا كان للرجل عبدان ولدا في ملكه كل واحد منهما من أمته فأقر في صحته أن أحدهما ابنه ثم مات ولم يبين ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يثبت نسب واحد منهما ويعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما. وبه نأخذ[٣]. وكان ابن أبي ليلى يقول: يثبت نسب أحدهما ويرثان ميراث ابن ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما.

قال: وإذا كانت الدار في يدي رجل فأقام ابن عم له البينة أنها دار جدهما والذي هي في يديه منكر لذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أقضي بشهادتهم حتى يشهدوا

=

ابن مسعود. قلت: وبقول ابن أبي ليلى قال أبو يوسف ومحمد أيضًا في مقاسمة الجد.

(١) كذا في الأصل ولم أجد المسألة بعينها في المبسوط. ونظائرها كثيرة في الوصية والفرائض.

(٢) قال السرخسي: وهو قول أبي يوسف ومحمد، وقد تقدم بيان المسألة في كتاب الطلاق أن عند أبي حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة في إثبات النسب إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو إقرار من الزوج بالحبل، وعند انعدام هذه المعاني لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وعند أبي يوسف ومحمد شهادة القابلة على الولادة حجة تامة لإثبات النسب بدون هذه الشروط. وقول ابن أبي ليلى كقولهما.

(٣) وبه قال الإمام محمد – أفاده السرخسي، لأن النسب مما لا يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح إيجابه في المجهول كالنكاح والبيع، وهذا لأن الإيجاب في المجهول بمنزلة التعليق بخطر البيان، والنسب لا يحتمل التعليق بسائر الأخطار فكذلك بخطر البيان بخلاف العتق والطلاق إلا أن إقراره وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبرًا في حق العتق، بمنزلة ما لو أقر لمن هو معروف النسب من الغير أنه ابنه لا يقبل إقراره، وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبرًا في حق العتق إلخ –مبسوط (ص ١٥٥ ج ٣٠).

أن الجد تركها ميراثًا لأبيه ولأبي صاحبه لا يعلمون له وارثًا غيرهما ثم توفي أبو هذا وترك نصيبه منها ميراثًا لهذا لا يعلمون له وارثًا غيره [١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقضي له بشهادتهم وأسكنه في الدار مع الذي هي في يديه ولا يقتسمان حتى تقوم البينة على المواريث، كما وصفت لك في قول أبي حنيفة. ولا يقولان: لا نعلم في قول ابن أبي ليلى لكن يقولان لا وارث له غيرهما في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف: أسكنه ولا يقتسمان.

قال: وإذا توفى الرجل وترك امرأته وترك في بيته متاعًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يحدث عن حماد عن إبراهيم[٢] أنه قال: ما كان للرجال من المتاع فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما كان للرجال والنساء فهو للباقي منهما، المرأة كانت أو الرجل، وكذلك الزوج إذا طلق والباقي الزوج في الطلاق. وبه كان يأخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما. ثم قال بعد ذلك: لا يكون للمرأة إلا ما يجهز به مثلها في ذلك كله، لأنه يكون رجل تاجر عنده متاع النساء من تجارته أو صانع، أو تكون رهونًا عند رجل. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا مات الرجل أو طلق، فمتاع البيت كله متاع الرجل إلا الدرع والخمار وشبهه إلا أن تقوم لأحدهما بينة على دعواه [٣]. ولو طلقها في دارها كان

---

(١) وبه قال الإمام محمد. والمسألة في المبسوط في كتاب الدعوى ص ٤٧ ج ١٧ قال وقال أبو يوسف: أقضي بها للجد وأضعها على يد عدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد. وهو قول ابن أبي ليلى. وهذا نظير الفصل الأول أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البينة عليه، وعندهما لما لم يجر الميراث إليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصمًا في إثبات ملك الجد فلا يقضي القاضي بشيء إلا أن يجروا الميراث.

(٢) وأخرجه الإمام محمد في الآثار.

(٣) قال الإمام السرخسي في (ج ٥ ص ٢١٣) باب متاع البيت من المبسوط: وقال محمد رحمه الله: ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حيًا ولورثته إن كان ميتًا. وقال أبو يوسف رحمه الله: تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل أستحسن ذلك. وقال ابن أبي ليلى: ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حيًا ولورثته إن كان ميتًا وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة. وعلى قول ابن شبرمة: المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها. وقال زفر: المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما، وهو قول مالك رحمه الله وأحد أقاويل الشافعي. وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان، وعلى قول الحسن البصري إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له، لأن صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره، ولأن المرأة ساكنة البيت، ألا ترى أنها تسمى قعيدة؟ فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد، ومن يقول: المتاع كله للزوج قال لأن المرأة في يد الزوج فما في بيتها يكون في يد الزوج أيضًا، ألا ترى أنه صاحب البيت وأن المنزل يضاف إليه إلخ. وأبو حنيفة يقول: ما يصلح

أمرهما على ما وصفت في قولهما جميعًا.

قال: وإذا أسلم الرجل على يدي الرجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ميراثه له. بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ [(١)] وعن عمر بن الخطاب ﷺ وعن ابن مسعود ﷺ.

وبهذا نأخذ [(٢)]. وكان ابن أبي ليلى لا يورثه شيئًا.

= للرجال فهو قريب من استعمال الرجال وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال يد حتى لو تنازع رجلان في ثوب واحد وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعًا في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل في الطلاق لأنه صحاب البيت فقد كانت هي مع المتاع في يده إلخ *.

(١) وهو ما أخرجه أحمد والأربعة والحاكم وابن أبي شيبة والدارمي وأبو يعلى والدارقطني والطبراني كلهم من حديث تميم الداري من رواية عبد الله بن موهب ويقال ابن وهب عنه، ومنهم من أدخل بينهما قبيصة: سئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يديه آخر ووالاه فقال: «هو أحق به محياه ومماته» وفي لفظ أبي داود قال: يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين؟ قال: «هو أولى الناس بمحياه ومماته».

وفي رواية الحاكم سألت رسول الله ﷺ، وذكره البخاري في صحيحه فقال: ويذكر عن تميم رفعه: «وهو أولى الناس بمحياه ومماته» واختلفوا في صحة هذا الخبر. وأخرجه ابن عدي من وجهين ضعيفين والطبراني والدارقطني من أحدهما ولفظه «من أسلم على يديه رجل فولاؤه له». وأخرجه ابن راهويه عن عمرو بن العاص أنه أتى رسول الله ﷺ فقال: إن رجلا أسلم على يدي وله مال وقد مات، قال ﷺ «فلك ميراثه» ومن طريقه أخرجه الطبراني وفي إسناده رجل مجهول — من تخريج أحاديث الهداية باختصار**.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضًا قال السرخسي في فصل ولاء الموالاة ص ٤٣ ج ٣٠ من المبسوط: وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

---

* انظر: الهداية (٣/١٦٧)، ومصنف ابن أبي شيبة(٤/١٨١)، ومختصر الطحاوي (٢/٣٤٦).

** رواه البخاري (٦/٢٤٨٣)، وابن الجارود (ص٢٤٨)، والحاكم في المستدرك(٢/٢٣٨، ٢٣٩)، والترمذي (٤/٤٢٧)، والدارمي (٢/٤٧١)، والبيهقي (١٠/٢٩٦)، والدارقطني (٤/١٨١)، وأبوداود (٣/١٢٧، ٢٩٥). والنسائي (٦/٢٧٣)، وابن ماجه (٢/٩١٩)، وابن أبي شيبة (٦/ ٢٩٥)، وابن جميع في معجم الشيوخ (١/٢٥)، وأحمد في المسند(٢/٣٤، ٧٣، ١٠٢، ١٠٣) وأبو يعلى في مسنده (١٣/١٠٣)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٥/٩)، والطبراني في الكبير (٢/٥٦).

وانظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/١٩٥، ١٩٦).ونصب الراية(٤/١٢٨، ١٥٥، ١٥٦).

حدثني مطرف[١] عن الشعبي[٢] أنه قال: «لا ولاء إلا لذي نعمة». حدثنا الليث بن أبي سليم[٣] عن أبي الأشعث الصنعاني[٤] عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه سئل عن الرجل يسلم على يدي الرجل فيموت ويترك مالا فهو له وإن أبى فلبيت المال[٥]. حدثنا أبو حنيفة عن إبراهيم بن محمد[٦] عن أبيه عن مسروق[٧] أن رجلا من أهل الأرض والى ابن عم له فمات وترك مالا فسألوا ابن مسعود ﷺ عن ذلك فقال: ماله له [٨].

(١) وهو مطرف بن طريف أبو بكر الكوفي الحارثي، وقيل: الجارفي. روى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى والشعبي وجماعة. وعنه السفيانان وابن فضيل وطائفة. روى له الستة. وثقه أبو حاتم. مات سنة ١٤٣.

(٢) هو عامر بن شراحيل أبو عمرو الحميري الشعبي الكوفي الإمام العلم. ولد لست سنين خلت من خلافة عمر. روى عنه وعن ابن مسعود مرسلا وعن علي وأبي هريرة وعائشة وجرير وابن عباس وخلق. أدرك خمسمائة من الصحابة. روى عنه ابن سيرين والأعمش وشعبة وخلق. قال أبو مجلز: ما رأيت فيهم أفقه من الشعبي. وقال العجلي: مرسل الشعبي صحيح. مات سنة ١٠٤، وقيل غير ذلك. قلت: روى له الستة.

(٣) هو ليث بن أبي سليم القرشي الكوفي أحد العلماء والنساك. روى عن عكرمة وغيره، وعنه معمر وشعبة والثوري. روى له الأربعة، ومسلم مقرونًا والبخاري تعليقًا. مات سنة ١٤٣

(٤) هو شراحيل بن آدة - بمد الهمز وتخفيف الدال - أبو الأشعث الصنعاني صنعاء دمشق. وقيل: اليمن. روى عن عبادة بن الصامت وشداد بن أوس وثوبان وأوس بن أوس الثقفي وأبي هريرة والنعمان بن بشير وعبدالله بن عمرو وأبي ثعلبة الخشني، وعنه أبو قلابة الجرمي وحسان بن عطية ومسلم بن يسار المكي وراشد بن داود ويحيى بن الحارث الذماري وغيرهم. وثقه ابن حبان والعجلي. ذكره ابن سعد في الطبقة الثانية من أهل اليمن. وكان ينزل دمشق. شهد فتح دمشق مات زمن معاوية. قلت: روى له الخمسة والبخاري في الأدب.

(٥) قلت: أخرج ابن أبي شيبة من طريق مجاهد أن رجلا أتى عمر فقال: إن رجلا أسلم على يدي فمات وترك ألفًا فتحرجت منها، قال: أرأيت لو جنى جناية على من تكون؟ قال علي. قال فميراثه لك.

(٦) هو إبراهيم بن محمد بن المنتشر بن الأجدع الهمداني الكوفي. روى عن أبيه وقيس بن مسلم، وعنه شعبة والسفيانان. وثقه أحمد وأبو حاتم. وقال جعفر الأحمر: كان أفضل من رأينا بالكوفة. قلت: روى له الستة. وأما أبوه محمد ابن المنتشر ابن أخي مسروق فروى عن عمه مسروق، وعنه عبد الملك بن عمير. ووثقه أحمد. قلت: روى له الستة.

(٧) هو مسروق بن الأجدع الهمداني أبو عائشة الكوفي، الإمام ، القدوة. روى عن أبي بكر وعمر وعلي ومعاذ وابن مسعود وطائفة. وعنه زوجته قمير وأبو وائل والشعبي، وأرسل عنه مكحول. قال أبو إسحاق: حج مسروق فما نام إلا ساجدًا على وجهه. قال ابن المديني: صلى خلف أبي بكر. سمي مسروقًا لأنه سرقه إنسان في صغره ثم وجد. وغير عمر اسم أبيه إلى عبد الرحمن فأثبت في الديوان مسروق بن عبد الرحمن. مات سنة ٦٣. قلت: روى له الستة.

(٨) قلت: أخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره عنه عن محمد بن قيس عن مسروق أن رجلا من أهل

باب في الأوصياء

قال أبو يوسف: ولو أن رجلا أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هذا الآخر وصي الرجلين جميعًا. وبهذا نأخذ [(١)]. وكذلك بلغنا عن إبراهيم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هذا الآخر وصي الذي أوصى إليه ولا يكون وصيًا للأول إلا أن يكون الآخر أوصى إليه بوصية الأول فيكون وصيهما جميعًا. وقال أبو يوسف رحمه الله بعد: لا يكون وصيًا للأول إلا أن يقول الثاني قد أوصيت إليك في كل شيء أو يذكر وصية الآخر.

قال: ولو أن وصيًا لأيتام اتجر لهم بأموالهم أو دفعها مضاربة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو جائز عليهم ولهم. بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعي[(٢)]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز عليهم والوصي ضامن لذلك [(٣)]. وقال ابن أبي ليلى أيضًا: على اليتامى

=

الأردن واطأ ابن عم له وأسلم على يديه فمات وترك مالا فسأل ابن مسعود عن ذلك فأمره بأكل ميراثه.

وأخرجه محمد أيضًا في آثاره وقال: أقبل رجل من أهل الذمة فأسلم — الحديث *.

انظر: المبسوط للشيباني (١٨٤/٤)، للسرخسي (٩١/٨).

(١) وبه قال محمد — أفاده في المبسوط باب الوصي والوصية ص ٢٢ — ٢٣ ج ٢٨ قال: فأما ابن أبي ليلى فيقول: هو بمطلق الإيصاء يجعل الوصي خلفًا عنه فيما هو من حوائجه وحقوقه التي فرط فيها. وهذا مقصور على تركته فأما التصرف في تركة الموصي فليس من حوائجه في شيء فلا يملك الوصي ذلك إلا بالتنصيص عليه. ولكنا نقول: بعد قبوله الوصية وموت الموصي صار التصرف في تركة الأول وأولاده الصغار من حوائجه فيما هو مستحق عليه بمنزلة التصرف في تركة نفسه. يوضحه أنه جعل الثاني خلفًا عنه قائمًا مقامه في كل مكان يملكه بنفسه مما يقبل النقل إلى الغير بعد موته، وقد كان ملك التصرف في التركتين جميعًا في حال حياته فيخلفه الوصي الثاني فيهما جميعًا بمطلق الإيصاء. وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك إلى أن يخص تركته عند الإيصاء إلى الثاني فحينئذ يعمل تخصيصه، لأنه نظر لنفسه في هذا التخصيص وهو أنه لا يتحمل وبال التصرف في ملك الغير حيًا وميتًا.

(٢) وأخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عنه قال محمد: وبه نأخذ. وهو قول أبي حنيفة.

(٣) قال في المبسوط باب الوصي والوصية ص ٢٨ ج ٢٨ لأن الموصي جعله قائمًا مقامه في التصرف في المال ليكون المال محفوظًا عنده، وإنما يحصل هذا المقصود إذا كان هو الذي يتصرف بنفسه فلا يملك دفعه إلى غيره للتصرف كالوكيل، ولكنا نقول: هو قائم مقام الموصي في ولايته في مال الولد وقد كان للموصي أن يفعل هذا كله في ماله فكذلك الوصي، وهذا لأن المأمور به ما يكون أصلح لليتيم وأحسن. قال الله تعالى: ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ﴾ وقد يكون الأحسن في

الزكاة في أموالهم فإن أداها الوصي عنهم فهو ضامن [(١)]. وقال أبو حنيفة ﷺ: ليس على يتيم زكاة حتى يبلغ، ألا ترى أنه لا صلاة عليه ولا فريضة عليه؟ وبهذا نأخذ.

قال: ولو أن وصي ميت ورثته كبار وصغار ولا دين على الميت ولم يوصي بشيء باع عقارًا من عقار الميت، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول في ذلك: بيعه جائز على الصغار والكبار. وكان ابن أبي ليلى يقول: يجوز على الصغار والكبار إذا كان ذلك مما لابد منه. وقال أبو يوسف رحمه الله: بيعه على الصغار جائز في كل شيء كان منه بد أولم يكن، ولا يجوز على الكبار في شيء من بيع العقار إذا لم يكن الميت أوصى بشيء يباع فيه أو يكون عليه دين [(٢)].

=

تفويض التصرف في ماله إلى غيره ببعض هذه الأسباب لعجزه عن مباشرة ذلك بنفسه إما لكثرة أشغاله أو لقلة هدايته.

(١) وفي كتاب الزكاة من المبسوط ج ٢ ص ١٦٢: «وكان ابن مسعود ﷺ يقول: يحصى الولي أعوام اليتيم فإذا بلغ أخبره، وهو إشارة إلى أنه تجب عليه الزكاة وليس للولي ولاية الأداء، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله. قال: إذا أداه الولي من ماله ضمن. قال: ولنا قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى ينتبه، وعن المجنون حتى يفيق» *. وفي إيجاب الزكاة عليه إجراء القلم عليه، فإن الوجوب يختص بالذمة ولا يجب في ذمة الولي فلابد من القول بوجوبه على الصبي وفيه يوجه الخطاب عليه. والمراد بقوله: «كي لا تأكلها الصدقة»: أي النفقة، ألا ترى أنه أضاف الأكل إلى جميع المال، والنفقة هي التي تأتي على جميع المال دون الزكاة. والمعنى فيه أنها عبادة محضة فلا تجب على الصبي كسائر العبادات» إلخ. قلت: وعدم الوجوب عليه قول علي وابن عباس. وذهب إلى وجوبه ابن عمر وعائشة وابن مسعود رضي الله عنهم.

(٢) وقول محمد مع أبي يوسف. قال في المبسوط ج ٢٨ ص ٣٤: وأبو حنيفة استحسن فقال: لما ثبتت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الكل، لأن الولاية بسبب الوصاية لا تحتمل التجزي، وهذا لأن في بيع البعض إضرار بالصغير والكبير جميعًا، لأنه يثبت به نصيب الكبير والأشقاص لا يشتري بما لا يشتري به الجل فكان في بيع الكل توفر المنفعة عليهم، وللوصي ولاية في نصيب الكبير فيما يرجع إلى توفير المنفعة عليه، ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة له؟

---

* رواه الترمذي (٣٢/٤)، والدارمي (٢٢٥/٢) وابن أبي شيبة (١٩٤/٤)، وانظر: نصب الراية (٢/ ٣٣٣).

باب في الشركة والعتق وغيره

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ولأحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليست هذه بمفاوضة. وبهذا نأخذ(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: هذه مفاوضة جائزة والمال بينهما نصفان.

قال: ولو أن عبدًا بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر، كان الخيار للآخر في قول أبي حنيفة ﷺ، فإن شاء أعتق العبد كما أعتق صاحبه، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته فيكون الولاء بينهما، وإن شاء ضمن شريكه نصف قيمته ويرجع الشريك بما ضمن من ذلك على العبد ويكون الولاء للشريك كله، وهو عبد ما بقي عليه من السعاية شيء. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو حر كله يوم أعتقه الأول والأول ضامن لنصف القيمة ولا يرجع بها على العبد وله الولاء، ولا يخير صاحبه في أن يعتق العبد أو يستسعيه. ولو كان الذي أعتق العبد معسرًا كان الخيار في قول أبي حنيفة للشريك الآخر، إن شاء ضمن العبد نصف قيمته يسعى فيها والولاء بينهما، وإن شاء أعتقه كما أعتق صاحبه والولاء بينهما. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان معسرًا سعى العبد للشريك الذي لم يعتق في نصف قيمته ويرجع بذلك العبد على الذي أعتقه والولاء كله للذي أعتقه وليس للآخر أن يعتق منه شيئًا. وكان يقول: إذا أعتق شقصًا في مملوك فقد أعتقه كله ولا يتبعض العبد فيكون بعضه رقيقًا وبعضه حرًا. وبه نأخذ (٢).

---

(١) قلت: وبه قال محمد. أفاده في المبسوط وزاد: ولكنها عنان قال فبيننا وبينه اتفاق أن من شروط المفاوضة المساواة في رأس المال وقلنا لما انعدم ما هو شرط صحة المفاوضة لم تكن الشركة مفاوضة بينهما ولكنه عنان عام فكأنهما باشرا شركة العنان ولقباها بلقب فاسد إلخ.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضًا. والمسألة في باب عتق العبد بين الشركاء من المبسوط ص ١٠٣ ج ٧ واحتج لهما السرخسي فقال: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصًا من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك». وفي الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضًا ﷺ. والمعنى فيه أن العتق إسقاط للرق والرق لا يتجزى ابتداء وبقاء. فإسقاطه بالعتق لا يتجزى أيضًا كما أن الحل لما كان لا يتجزى ابتداء وبقاء فإبطاله بالطلاق لا يتجزى إلخ. قال: واستدل أبو حنيفة رحمه الله بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقصًا له في عبد فإن كان موسرًا فعليه خلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رق». وقال علي ﷺ: «يعتق الرجل من عبده ما شاء»، وتأويل قوله ﷺ : «فهو حر كله» سيصير حرًا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيانا أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه وهو مذهبنا، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيتجزأ في المحل كالبيع، وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق، فالرق اسم لضيف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك

أرأيت ما أعتق منه أيكون رقيقًا؟ فإن كان ما أعتق منه يكون رقيقًا فقد عتق، فكيف يجتمع في معتق واحد عتق ورق؟ ألا ترى أنه لا يجتمع في امرأة بعضها طالق وبعضها غير طالق وبعضها امرأة للزوج على حالها؟ وكذلك الرقيق. وبهذا نأخذ إلا خصلة لا يرجع العبد بما سعى فيه على الذي أعتقه. وقال أبو حنيفة ﷺ: لا يعتق بعضه وبعضه رقيق. وهذا كله بمنزلة العبد ما دام منه شيء رقيق أو يسعى في قيمته، أرأيت لو أن الشريك قال: نصيب شريكي منه حر وأما نصيبي فلا، هل كان يعتق منه ما لا يملك وإذا أعتق منه ما يملك فكيف يعتق منه ما لا يملك، وهل يقع عتق فيما لا يملك الرجل؟

قال: ولو أن عبدًا بين رجلين كاتبه أحدهما بغير إذن صاحبه ولا رضاه فأنكر ذلك صاحبه قبل أن يؤدي المكاتب شيئًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: المكاتبة باطلة ولصاحبه أن يردها لأنها منفعة تصل إليه وليس ذلك له دون صاحبه. وبه نأخذ [1]. وكان ابن أبي ليلى يقول: المكاتبة جائزة وليس للشريك أن يردها. ولو أن الشريك أعتق العبد كان العتق باطلا في قول ابن أبي ليلى [2] حتى ينظر ما يصنع في المكاتبة، فإن أداها إلى

= كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق في المحل كما لا يكون حيًا إلا باعتبار صفة الحياة في المحل، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له، فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزي فإنما يزول بقدر ما يزيله، ولهذا لا يعتق شيء منه بإعتاق البعض عند أبي حنيفة حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد، وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ. وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ، وإنما يسمى فعله إعتاقًا مجازًا على معنى أنه إذا تم إزالة الملك بطريق الإسقاط يعقبه العتق الذي هو عبارة عن القوة لا أن يكون الفعل المزيل ملاقيًا للرق الخ.

(١) وبه أخذ الإمام محمد أيضًا أفاده السرخسي قال: لأن في إبقاء هذا العقد ضررًا على شريكه من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في نصيبه وتتعذر عليه استدامة الملك بعد أداء بدل الكتابة، ومن تصرف في ملكه تصرفًا يلحق الضرر بغيره فإن ذلك الغير يتمكن من دفع الضرر عن نفسه، ألا ترى أن للشفيع أن يأخذ الشقص بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه؟ وهذا العقد يحتمل الفسخ، فقلنا: يدفع الشريك الضرر عن نفسه بفسخه، ألا ترى أن المكاتب إذا كسر نجمًا أو نجمين كان للمولى أن يفسخ الكتابة لدفع الضرر عن نفسه وأن المكاتب متى عجز عن أداء بدل الكتابة كان له أن يفسخ العقد لدفع الضرر عن نفسه، وبه فارق حقيقة العتق فإنه غير محتمل للفسخ فدفع الضرر يكون بالتضمين هناك، وبه فارق البيع لأنه لا ضرر على الشريك في إبقاء البيع في نصيب الشريك.

(٢) وهذا بناء على أن الكتابة لا تجزأ عنده فإذا أدى البدل عتق الكل من جهته فصار ضامنًا نصف قيمته لشريكه. وعند أبي حنيفة تجزأ الكتابة فالمكاتب لم يصر مستحقًا نصيب الشريك فلهذا نفذ العتق من الشريك في نصيبه ويسعى المكاتب في بدل الكتابة، وإن شاء في نصف قيمته =

صاحبها عتق وكان الذي كاتب ضامنا لنصف القيمة والولاء كله له. وكان أبو حنيفة ﷺ يقول: عتق ذلك جائز ويخير المكاتب، فإن شاء ألغى الكتابة وعجز عنها، وإن شاء سعى فيها، فإن عجز عنها كان الشريك الذي كاتب بالخيار إن شاء ضمن الذي أعتق إن كان موسرًا، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته، وإن شاء أعتق العبد، فإن ضمن الذي أعتق كان له أن يرجع على العبد بما ضمن.

قال: ولو أن مملوكًا بين اثنين دبره أحدهما، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس للآخر أن يبيعه لما دخل فيه من العتق . وبه نأخذ [(١)].

وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يبيع حصته.

وإذا ورث أحد المتفاوضين ميراثًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو له خاصة. وبهذا نأخذ [(٢)]. قال: وتنتقص المفاوضة إذا قبض ذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بينهما نصفان.

قال: وإن كان العبد بين اثنين فدبره أحدهما ثم أعتقه الآخر ألبتة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الذي دبره بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته مدبرًا وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته مدبرًا إن كان موسرًا ويرجع به المعتق على العبد والولاء بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يقول: التدبير باطل والعتق جائز والمعتق ضامن لنصف قيمته إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا سعى فيه العبد ثم يرجع على المعتق والولاء كله للمعتق[(٣)]. وقال أبو يوسف: إذا دبره أحدهما فهو مدبر كله وهو ضامن نصف قيمته،

=

للشريك الآخر، وهذا الخيار عنده باعتبار أن العتق يحتمل التجزيء – السرخسي.

(١) والمسألة متفق عليها عند أئمتنا كما ذكرها السرخسي. قال: وهذا بناء على أن استحقاق العتق يثبت بالتدبير عندنا حتى يمتنع على المدبر بيع نصيبه فيمتنع على الشريك أيضًا بيع نصيبه اعتبارًا لحق العتق بحقيقة العتق إلخ.

(٢) وبه قال الإمام محمد أيضًا. أفاده السرخسي، لأنا نقول: عقد المفاوضة إنما يوجب الشركة بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لأن كل واحد منهما يكون وكيلا لصاحبه في ذلك التصرف وهذا في الإرث لا يتحقق، ثم الملك بالميراث ليس بحادث فإن الوراثة خلافة فبقي للوارث الملك الذي كان ثابتًا للمورث. وسبب هذه الخلافة لم يوجد في حق الشريك. ولو قلنا بأن المفاوضة توجب الشركة بينهما في الموهوب والموروث لبطلت في نفسها. لأنها تصير في معنى القمار والمخاطرة وذلك باطل شرعًا.

(٣) هذه المسألة مقدمة في المبسوط على مسألة الشركة التي قبلها. قال السرخسي: ولكن قد ثبت لنا أن بالتدبير يثبت استحقاق العتق كما يثبت بالاستيلاد. وقد قررنا هذا في العتق، كما أنه إذا نفذ

وعتق الآخر باطل لا يجوز فيه [١].

باب في المكاتب

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا كاتب الرجل المكاتب على نفسه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ماله لمولاه إذا لم يشترط المكاتب ذلك. وبه نأخذ [٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: المكاتب له المال وإن لم يشترط.

قال: وإذا قال المكاتب: قد عجزت وكسر مكاتبته ورده مولاه في الرق، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ذلك جائز. وبهذا نأخذ. وقد بلغنا عن عبد الله بن عمر أنه رد مكاتبا له حين عجز وكسر مكاتبته [٣] عند غير قاض. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز ذلك إلا عند قاض. وكذلك لو أتى القاضي فقال: قد عجزت، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يرده. وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أرده حتى يجتمع عليه نجمان [٤] قد حلا عليه في يوم خاصم إليه. ثم قال أبو يوسف بعد: لا أرده حتى أنظر فإن كان نجمه قريبًا وكان يرجى لم يعجل عليه.

قال: وإذا تزوج المكاتب [٥] أو وهب هبة أو أعتق عبدًا أو كفل بكفالة أو كفل عنه

=

الاستيلاد من أحدهما في نصيبه لم يبطل ذلك بإعتاق الآخر فكذلك إذا نفذ التدبير. وهذا لأن الولاء بالتدبير صار مستحقًا له حتى إذا أعتق بعد موته يكون ولاؤه له فلا يتمكن الآخر من إبطال هذا الولاء عليه.

(١) قلت: وهو قول محمد رحمه الله، وذلك لأن التدبير عندهما لا يتجزى كالعتق ويضمن نصيب شريكه، موسرًا كان أو معسرًا لأنه صار متملكًا على شريكه نصيبه وضمان التمليك لا يختلف باليسار والإعسار.

(٢) وبه قال محمد. أفاده السرخسي، لأنا نقول: ما اكتسبه قبل عقد الكتابة ملك المولى فهو بمنزلة مال آخر للمولى في يده فلا يستحقه المكاتب بمطلق الكتابة وهذا لأن الاستحقاق بالعقد إنما يثبت فيما يضاف إليه العقد وإنما أضيف العقد هنا إلى رقبته دون ماله فلا يستحق به المال كما في البيع ونحن نسلم أنه بعقد الكتابة يمكنه من التصرف ولكن يمكنه من ذلك لمنافعه لا لمائه وبعقد الكتابة يصير هو أحق بمنافع نفسه عندنا – السرخسي.

(٣) روى ابن أبي شيبة من طريق أبان البجلي عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلامًا له على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده في الرق، المصنف (٣٩٤/٤).

(٤) قال السرخسي: وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف أنه لا يرد إلى الرق حتى يجتمع عليه نجمان.

(٥) قال السرخسي: وعندنا لا يملك أن يزوج نفسه ولا عبده ولكن يملك أن يزوج أمته لما فيه من اكتساب المال، وبطلان كفالته عنده ليس بطريق أنه ينزع ولكن بطريق انعدام المحلية، لأن الكفالة

=

رجل لمولاه بالذي عليه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هذا كله باطل لا يجوز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: نكاحه وكفالته باطل وما تكفل به رجل عنه لمولاه فهو جائز. وأما عتقه وهبته فهو موقوف، فإن عتق أمضى ذلك، وإن رجع مملوكًا فذلك كله مردود [١].

وقال أبو حنيفة ﷺ: كيف يجوز عتقه وهبته وكيف تجوز الكفالة عنه لمولاه؟ أرأيت رجلا كفل لرجل عن عبده كفالة أليست باطلا؟ فكذلك مكاتبه. وبهذا نأخذ. وبلغنا عن إبراهيم أنه قال: لا يجوز أن يكفل الرجل للرجل بمكاتبة عبده، لأنه عبده وإنما كفل له بماله[٢]. وقال أبو حنيفة ﷺ: إذا كان له مال حاضر فقال: أؤديه اليوم أو غدا، فإنه كان يقول: يؤجله ثلاثة أيام.

باب في العتق

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا قال الرجل لعبده: إن بعتك فأنت حر ثم باعه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يعتق، لأن العتق إنما وقع عليه بعد البيع وبعد ما خرج من ملكه وصار لغيره. وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع العتق من مال البائع ويرد الثمن

=

التزام المال في الذمة عنده ولهذا يوجب براءة الأصل، وقيام الرق فيه يخرجه من أن يكون أهلا لالتزام المال في ذمته عنده فلهذا قال: لا تنفذ كفالته بعد ما عتق.

(١) قال السرخسي: فأما عندنا عتقه وهبته باطلان عجز أو عتق. لأن نفوذ هذا التصرف باعتبار حقيقة الملك والرق ينافي الأهلية لذلك. وأما كفالته فلا تكون صحيحة ما لم يعتق فإذا عتق نفذ، بمنزلة كفالة العبد فإن ذمته خالص حقه ولكن الدين لا يجب في ذمة الرقيق إلا شاغلا مالية رقبته وذلك حق المولى باعتبار أن تصرفه لاقى محلا هو حقه كان صحيحًا في حقه، وباعتبار أنه معلق بمالية المولى. قلنا: ثابتة تؤخر المطالبة عنه إلى حال العتق. ولو كفل إنسان عنه ببدل الكتابة لمولاه لم يجز عندنا لأن الكفالة تستدعي دينًا صحيحًا وقيام الرق يمنع وجوب دين صحيح للمولى على مملوكه. لأنه التزام للمطالبة والمطالبة ببدل الكتابة لا تقوى في حق المكاتب ولهذا يملك أن يعجز نفسه.

(٢) أخرجه أبو يوسف في آثاره [ص ١٩١] عنه عن حماد عن إبراهيم أن رجلا تكفل لرجل بمال عن مكاتبه أن ذلك باطل، وكيف يجوز وإنما كفل بماله عن عبده؟ وأخرجه عنه في مقام آخر ولفظه: الكفالة عن المكاتب ليست بشيء لأنه كفل له بماله، وأخرجه محمد أيضًا في آثاره عنه أنه قال في الكفالة في المكاتبة ليست بشيء إنما هو مالك كفل لك به، وذلك أنه لو عجز وقد أخذت من الكفالة بعض مكاتبته رد المكاتب في الرق ولم يكن لك ما أخذت، لأن ما أخذت منهم فهو ملك لهم وفي رقبة عبدك، قال محمد: وبه نأخذ، إذا كفل الرجل الرجل بالمكاتبة عن مكاتبته فالكفالة باطلة، وهو قول أبي حنيفة ﷺ.

على المشتري، لأنه حلف يوم حلف وهو في ملكه [١]. وكذلك لو قال البائع: إن كلمت فلانًا فأنت حر فباعه ثم كلم فلانًا، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا يعتق، ألا ترى أنه قد خرج من ملك البائع الحالف؟ أرأيت لو أعتقه المشتري أيرجع إلى الحالف وقد صار للمشتري؟ أرأيت لو أن المشتري ادعاه وزعم أنه ابنه فأثبت القاضي نسبه وهو رجل من العرب وجعله ابنه ثم كلم البائع ذلك الرجل الذي حلف عليه أن لا يكلمه أبطل دعوى هذا ونسبه ويرجع الولاء إلى الأول؟ وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: يرجع الولاء إلى الأول ويرد الثمن ويبطل النسب. وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن كلمت فلانًا ثم طلقها واحدة بائنة أو واحدة، يملك الرجعة وانقضت عدتها ثم كلم[٢] فلانًا، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا يقع عليه[٣] الطلاق الذي حلف به، لأنها قد خرجت من ملكه، ألا ترى أنها لو تزوجت زوجًا غيره ثم كلم الأول فلانًا وهي عند هذا الرجل لم يقع[٤] عليها الطلاق وهي تحت غيره. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق، لأنه حلف بذلك وهي في ملكه.

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها أبدًا فهي طالق ثلاثًا وكل مملوك أملكه فهو حر لوجه الله تعالى فاشترى مملوكًا وتزوج امرأة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: يقع العتق على المملوك والطلاق على المرأة، ألا ترى أنه طلق بعد ما ملك وأعتق بعد ما ملك؟ وقد بلغنا عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول: «لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك» [٥]. فهذا إنما وقع بعد الملك كله، ألا ترى أنه لو قال: إذا تزوجتها أو ملكتها فهي

---

(١) وهذا بناء على أصل مختلف فيه بيننا وبينه أن في اليمين بالطلاق والعتاق عندنا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط لحصوله الجزاء وعنده لا يشترط ويعتبر قيام الملك في المحل بالأهلية في المتصرف وذلك لا يشترط عند وجود الشرط حتى إن من قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر ثم جن الحالف ثم وجد الشرط يقع الطلاق والعتاق، ومعلوم أن تأثير الأهلية أكثر من تأثير الملك في المحل. فأما إذا كان يسقط اعتبار الأهلية عند وجود الشرط فلأن يسقط اعتبار الملك في المحل أولى. ولكنا نقول: المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكما أن تنجيز العتق لا يصح إلا عند قيام الملك في المحل فكذلك يزول الجزاء عند وجود الشرط، إلا أنه يصير كالمنجز بذلك الكلام السابق، وذلك الكلام صح منه في حال إقامته والجنون إنما ينافي الأهلية للتكلم بالطلاق والعتاق على وجه يكون إيقاعًا في حقه وهذا غير معتبر عند وجود الشرط – السرخسي.

(٢) كذا في الأصل. وفي المبسوط: «ثم كلمت» وكل محتمل.

(٣) كذا في الأصل ولعل الصواب عليها.

(٤) كذا في الأصل ولعله أيقع بهمزة الاستفهام.

(٥) أخرجه ابن ماجه عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي

طالق صارت طالقًا؟ وبهذا نأخذ، ألا ترى أن رجلا لو قال لأمته: كل ولد تلدينه فهو حر ثم ولدت بعد عشر سنين كان حرًا؟ فهذا عتق ما لم يملك، ألا ترى أن رجلا لو كانت عنده امرأة فقال لها: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثًا ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها في العدة أو بعدها أن ذلك واقع عليها، لأنه حلف وهو يملكها ووقع الطلاق وهو يملكها؟ أرأيت لو قال لعبد له: إن اشتريتك فأنت حر فباعه ثم اشتراه أما كان يعتق؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع في ذلك عتق ولا طلاق إلا أن يوقت وقتًا، فإن وقت وقتًا في سنين معلومة، أو قال: ما عاش فلان أو فلانة أو وقت مصرًا من الأمصار أو مدينة أو قبيلة لا يتزوج ولا يشتري منها مملوكًا، فإن ابن أبي ليلى يوقع على هذا الطلاق. وأما قول أبي حنيفة ﷺ فإنه يوقع في الوقت وغير الوقت. وقد بلغنا عن عبد الله ابن مسعود ﷺ أنه قال: إذا وقت وقتًا أو قبيلة أو ما عاشت فلانة وقع [1]. وإذا قال الرجل: إن وطئت فلانة فهي حرة فاشتراها فوطئها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تعتق، من قبل أنه حلف وهو لا يملكها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: تعتق فإن قال: إن اشتريتك فوطئتك فأنت حرة فاشتراها فوطئها، فهي حرة في قولهما جميعًا.

=

ﷺ مرفوعًا ولفظه: «لا طلاق قبل النكاح» ولم يذكر العتق.

وأخرج عن الزهري عن عروة عن المسور مرفوعًا: «لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك».

وأخرج البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رفعه قال: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك».

وروى عن اليماني عن أبي عيسى عن جابر رفعه: «لا رضاع بعد فصال، ولا يتم بعد احتلام، ولا عتق إلا بعد ملك، ولا طلاق إلا بعد نكاح» .

وروى عن عمرو بن دينار عن طاوس عن معاذ بن جبل رفعه: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك» وروي عن النزال عن مسروق عن علي قوله: «لا طلاق إلا بعد النكاح» .

وروي مثله عن عروة عن عائشة.

وروي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك» *.

(١) قال المولى على القاري في شرح مختصر الوقاية: وقال مالك في المشهور عنه: إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة نحو قرشية أو أرضًا نحو مكة أو نحو هذا بأن قال: كل امرأة، من غير زيادة وصف هنالك، فليس يلزمه ذلك، لما في الموطأ أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال: كل امرأة أنكحها فهي طالق: إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه. قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت.

---

* رواه الترمذي (٣/٤٨٦)، وعبد الرزاق (٦/٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١)، والبخاري (٥/٢٠١٧)، والحاكم (٢/٢٢٢)، وابن ماجه (١/٦٦٠)، والبيهقي (٧/٣١٧، ٣٢١).

باب في العارية وأكل الغلة

قال أبو يوسف: وإذا أعار الرجل الرجل أرضًا يبني فيها ولم يوقت وقتًا ثم بدا له أن يخرجه منها بعد ما بنى، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: نخرجه [١]. ويقال للذي بنى: انقض بناءك. وبهذا نأخذ [٢].

وكان ابن أبي ليلى يقول: الذي أعاره ضامن لقيمة البنيان. والبناء للمعير. وكذلك بلغنا عن شريح [٣]. فإن وقت له وقتًا فأخرجه قبل أن يبلغ ذلك الوقت فهو ضامن لقيمة البناء في قولهما [٤] جميعًا.

قال: وإذا أقام الرجل البينة على أرض ونخل فيها أنها له وقد أصاب الذي هي في يديه من غلة النخل والأرض والثمن، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الذي كانت في يديه ضامن لما أخذ من الثمرة. وبه نأخذ [٥].

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه في ذلك.

قال: وإذا زرع الرجل الأرض[٦]، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الزرع للذي كانت في يديه وهو ضامن لما نقصت الأرض في قول أبي حنيفة ﷺ ويتصدق بالفضل[٧]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يتصدق بشيء وليس عليه ضمان.

قال: وإذا أخذ الرجل أرض رجل إجارة سنة وعلمها وأقام فيها سنتين، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو ضامن لما نقصت الأرض في السنة الثانية ويتصدق بالفضل

---

(١) وفي نسخة الأصل: إن شاء أخرجه.

(٢) وفي نسخة الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد. والمسألة في العارية ص ١٤١ ج ١١ من مبسوط السرخسي مع البسط والدلائل.

(٣) وفي نسخة الأصل: المسعودي عن القاسم عن شريح أنه قال: أيما رجل أذن لرجل أن يبني في ملكه ثم أخرجه ضمن البناء.

(٤) وفي بعض النسخ الأصل: في قولهم. والمسألة في العارية ص ١٤١ ج ١١ من المبسوط وفيها خلاف زفر ذكرها الحجج.

(٥) وفي بعض النسخ الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد. والمسألة ذكرت في العارية ص ١٤٩ ج ١١ من مبسوط السرخسي قال: ولكنا نقول: الثمرة عين مال متقوم بدليل جواز بيعها وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامنًا لماله بالإتلاف كولد الجارية والحمل في الشاة إذا أتلفها.

(٦) وفي نسخة من الأصل: وإذا غصب الرجل الأرض فزرعها.

(٧) وفي نسخة من الأصل زاد: هو قول محمد .

ويعطي أجر السنة الأولى[١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أجر مثلها في السنة الثانية.

قال: وإذا وجد الرجل كنزًا قديمًا في أرض رجل أو داره، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو لرب الدار وعليه الخمس وليس للذي وجده منه شيء[٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للذي وجده وعليه الخمس[٣] ولا شيء لصاحب الدار والأرض فيه. وبه نأخذ، والله أعلم.

باب في الأجير والإجارة

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا اختلف الأجير والمستأجر في الأجرة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل. وبهذا نأخذ[٤]. وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الأجير فيما بينه وبين أجر مثله إلا أن يكون الذي ادعى أقل فيعطيه إياه، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادًّا في قول أبي حنيفة ﷺ، وينبغي كذلك في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف بعد: إذا كان شيء متقارب قبلت قول المستأجر وأحلفته، وإذا تفاوت لم أقبل وأجعل للعامل أجر مثله إذا حلف.

قال: وإذا استأجر الرجل بيتًا شهرًا يسكنه فسكنه شهرين أو استأجر دابة إلى مكان

---

(١) وهو قول محمد. أفاده في الأصل.

(٢) وهو قول الإمام محمد كما ذكره في الأصل.

(٣) وفي نسخة: ويخمس، وكذا في الحرف الذي قبله. والمسألة في ختم كتاب الإعارة من المبسوط.

(٤) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الإجارة من المبسوط ص ٩٣ ج ١٥ قال: ولو اختلفا في الأجر وقد عمله عملا على ما وصفه له، فإن أقاما البينة فالبينة بينة العامل، لأنه يثبت الزيادة في حقه وهو الأجر فتترجح بينته بذلك، وإن قال رب الخف: عملته لي بغير أجر، وقال العامل: عملته بدرهم ولا بينة بينهما، فعلى رب الخف اليمين لله ما شارطه على درهم، لأن العامل يدعي عليه الدرهم دينًا في الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين، فإذا حلف غرم له ما زاد النعل في خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر، لأن رب الخف يدعي عليه هبة النعل، وهو لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف عليه، وإذا حلف انتفى ما ادعى كل واحد منهما من العقد يبقي نعله متصلا بخف الغير بإذن صاحب الخف فتجب قيمته، لاحتباس ملك الغير عنده، ولا يجب أجر المثل لأن المنفعة لا تتقوم إلا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك، فأما العين متقوم بنفسه، ولو أقاما البينة أخذت بينته العامل، لإثباته الزيادة، إلى أن قال: ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الأجرة، فإن لم يكن أخذ في العمل تحالفا وترادا، لأن الإجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين في البدل فيعم ذلك أنواع البيوع، ثم قال: وإن كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب، إلى أن قال: ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل، ففي حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان اعتبارًا للبعض بالكل، إلى أن قال: وعلى قول ابن أبي ليلى القول قول الأجير إلى أجر مثله كما في مسألة الصباغ الخ.

فجاوز بها ذلك المكان(١)، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الأجر فيما سمى ولا أجر فيما لم يسم، لأنه قد خالف وهو ضامن حين خالف ولا يجتمع عليه الضمان والأجرة. وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: له الأجر فيما سمى، وفيما خالف إن سلم، وإن لم يسلم ذلك ضمن ولا نجعل عليه أجرًا في الخلاف إذا ضمنه.

قال: وإذا تكارى الرجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم(٢) فحمل عليها أكثر من ذلك فعطبت الدابة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو ضامن قيمة الدابة بحساب ما زاد عليها وعليه الأجر تامًا إذا كانت قد بلغت المكان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه قيمتها تامة ولا أجر عليه (٣).

قال: وإذا غرقت السفينة الملاح فغرق الذي فيها وقد حمله بأجر فغرقت في مده أو معالجته السفينة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو ضامن. وبه نأخذ (٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه في المد خاصة.

---

(١) وعند السرخسي: ثم عطبت بعد ضمن قيمتها عندنا ولم يسقط عنه الأجر، وعلى قول ابن أبي ليلى ليس عليه شيء من الأجر. قال: لأن الأجر والضمان لا يجتمعان وقد تقرر عليه الضمان، ولأنه بالضمان ملك المضمون، ولا يوجب عليه الأجر بسبب الانتفاع بملك نفسه، ولكنا نقول: لما انتهى العقد نهاية وتقرر الأجل دينًا في ذمته ثم بالمجاورة صار غاصبًا ضامنًا فلا يسقط عنه الأجر بذلك، بمنزلة ما لو أوردها على صاحبها ثم غصبها منه، وهذا لأن الملك بالضمان إنما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المجاورة. والأجر إنما لزمه بمقابلة منافع استوفاها قبل ذلك. قلت: وذكر المسألة في الإجارة في (ص ١٥١ ج ١٥) أيضًا وقال معللا لها: لأنه غاصب في السكنى، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد، وعند ابن أبي ليلى أجر مثلها في الشهر الثاني. وقد بينا نظيره في العارية، وذكرت في ص ١٧٣ من هذا الجزء أيضًا وقال فيها: لم يضمن عند الإمام في قوله الأول ثم رجع.

(٢) المختوم: الصاع بعينه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخدري: «الوسق ستون مختومًا» - من المغرب.

(٣) قال في باب ما يضمن فيه الأجير ص ١٢ ج ١٦ من المبسوط: ولو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختومًا فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه الأجر كاملا، لاستيفاء المعقود عليه بكماله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما زاد. وقد بينا هذا في العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية في بني آدم أن المعتبر هناك عدد الجناة في حق ضمان النفس إلخ.

(٤) قال في المبسوط (ص ١٠ ج ١٢): قال أبو حنيفة في الملاح إذا أخذ الأجر فإن غرقت السفينة من ريح أو موج أو شيء وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح، لأن التلف ما حصل من عمله. وإن غرقت من مده أو معالجته أو حذقه فهو ضامن. لأن هذا من جناية يده والملاح أجير مشترك.

باب القسمة

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل في دار لا يكون بيتًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: أيهما طلب القسمة وأبى صاحبه قسمت له، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير؟ وبهذا نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقسم شيء منها.

باب الصلاة

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا أتى الرجل إلى الإمام في أيام التشريق وقد سبقه بركعة فسلم الإمام عند فراغه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يقوم الرجل فيقضي ولا يكبر معه، لأن التكبير ليس من الصلاة إنما هو بعدها. وبه نأخذ(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: يكبر ثم يقوم فيقضي.

قال: وإذا صلى الرجل في أيام التشريق وحده أو المرأة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تكبير عليه ولا تكبير على من صلى في جماعة في غير مصر جامع ولا تكبير على المسافرين. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليهم التكبير. أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة(٣) عن إبراهيم أنه قال: التكبير على المسافرين وعلى المقيمين وعلى الذي يصلي وحده وفي

---

(١) قال السرخسي في القسمة (ص ١٣ ج ١٥): فإن كانت دار بين رجلين ولأحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وإن أبى ذلك صاحب القليل عندنا.

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها، وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصبائهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بينهم، وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان لا ينفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبي ليلى لا يقسمها عند إباء بعضهم إلا إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة. ثم احتج لكلا القولين.

(٢) قال في المبسوط (ج٢ ص٤٥): والمسبوق يتابع الإمام في سجود السهو، لأنه مؤدى في حرمة الصلاة ولا يتابعه في التكبير والتلبية لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة. وعلى هذا إذا نسي الإمام سجود السهو لم يسجد القوم لأنه مؤدى في حرمة الصلاة فكانوا مقتدين به لا يأتون به دونه، وإذا نسي التكبير أو التلبية أو تركهما متأولا لم يترك القوم لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة.

(٣) هو عبيدة مصغرًا ابن معتب بكسر المثناة الضبي أبو عبد الرحيم، وفي نسخة عبد الكريم الكوفي. روى عن إبراهيم النخعي وأبي وائل، وعنه شعبة وهشيم. قال ابن عدي : مع ضعفه يكتب حديثه. علق البخاري فرد حديث. وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجه.

جماعة، وعلى المرأة. وبه نأخذ[١]. حدثنا مجالد[٢] عن عامر مثله.

قال: وإذا أدرك الإمام وهو راكع فكبر معه ثم لم يركع حتى رفع الإمام رأسه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يسجد معه ولا يعتد بتلك الركعة. أخبرنا بذلك[٣] عن الحسن عن الحكم عن إبراهيم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يركع ويسجد ويحتسب بذلك من صلاته[٤].

---

(١) قال في المبسوط ج٢ ص٤٤ : وقال أبو يوسف ومحمد : كل من يصلي مكتوبة في هذه الأيام فعليه التكبير مسافرًا كان أو مقيمًا في المصر أو القرية رجلا أو امرأة في الجماعة أو وحده. وهو قول إبراهيم، لأن هذه التكبيرات في حق غير الحاج بمنزلة التلبية في حق الحاج، وفي التلبية لا تراعى هذه الشروط فكذلك في التكبيرات، وأبو حنيفة احتج بما روينا «لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع» قال الخليل والنضر بن شميل: التشريق في اللغة التكبير، ولا يجوز أن يحمل على صلاة العيد فقد قال في حديث علي ﷺ: «لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا ضحى إلا في مصر جامع» فقد ثبت في الحديث أنه بمنزلة الجمعة في اشتراط المصر فيه، فكذلك في اشتراط الذكورة والإقامة والجماعة، ولهذا لم يشترط أبو حنيفة فيه الحرية كما لا يشترط في صلاة الجمعة.

(٢) هو مجالد بن سعيد بن عمير الهمداني أبو عمرو الكوفي أحد الأعيان، روى عن الشعبي وأبي الوداك وطائفة. وعنه ابنه إسماعيل والثوري وابن المبارك وخلق. ضعفه ابن معين. وقال ابن عدي: عامة ما يرويه غير محفوظ. وقال النسائي: ثقة وعنه ليس بالقوي. روى له مسلم مقرونًا والأربعة. مات سنة ١٤٤.

(٣) أي أبو يوسف. وهذه مقولة الإمام محمد راوي الكتاب، والحسن هو ابن عمارة والحكم هو ابن عتيبة.

قلت: روى البيهقي من طريق علي بن عاصم عن خالد الحذاء عن علي بن الأقمر عن أبي الأحوص عن عبد الله يعني ابن مسعود قال: من لم يدرك الإمام راكعًا لم يدرك تلك الركعة. وروي عن الوليد بن مسلم عن مالك وابن جريج عن نافع أنه كان يقول: من أدرك الإمام راكعًا فركع قبل أن يرفع الإمام رأسه فقد أدرك تلك الركعة.

وروي عن أبي هريرة مرفوعًا «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدركها قبل أن يقيم الإمام صلبه» وروي عن شعبة عن عبد العزيز ابن رفيع عن رجل مرفوعًا: «إذا جئتم والإمام راكع فاركعوا، وإن كان ساجدًا فاسجدوا ولا تعتدوا بالسجود إذا لم يكن معه الركوع» وفي رواية «من لم يدرك الركعة لم يدرك الصلاة» وفي رواية عن أبي هريرة رفعه: «إذا جئتم ونحن سجود فاسجدوا ولا تعتدوا شيئًا، من أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة».

(٤) قال الإمام السرخسي في مبسوطه محتجًا لابن أبي ليلى: لأن حالة الركوع بمنزلة حالة القيام، فإن القائم إنما يفارق القاعد في استواء النصف الأسفل منه دون النصف الأعلى. والراكع في هذا والمنتصف سواء، ولهذا لو ركع معه كان مدركًا للركعة فكان إدراكه إياه في حالة الركوع وإدراكه في حالة القيام سواء، ولو أدركه قائمًا ثم سبقه الإمام بالركوع والسجود فإنه يتابعه يركع ويسجد ويكون مدركًا للركعة فكذلك هنا. ولكنا نقول: شرط إدراك الركعة أن يشارك الإمام في حقيقة القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركًا للركعة، فإذا رفع الإمام =

 وكان أبو حنيفة ﷺ ينهى عن القنوت في الفجر. وبه نأخذ(١).

ويحدث به عن رسول الله ﷺ أنه لم يقنت إلا شهرًا واحدًا حارب حيًا من المشركين فقنت يدعو عليهم(٢) وأن أبا بكر ﷺ لم يقنت حتى لحق بالله عز وجل، وأن

= رأسه قبل أن يركع هو فقد انعدمت المشاركة بينهما في القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع، فإذا أدركه قائمًا فقد شاركه في حقيقة القيام وكان مدركًا للركعة. وأما إذا أدركه راكعًا فهو لم يشاركه في حقيقة القيام فلا بد أن يشركه فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركًا للركعة، فإذا رفع الإمام رأسه قبل أن يركع فقد انعدمت المشاركة بينهما في القيام وفيما هو مشبه للقيام فلا يعتمد بتلك الركعة، كما لو أدرك في السجود، إلى أن قال: فأما إذا ركع قبل أن يرفع الإمام رأسه فهو مشارك للإمام في القيام والركوع جميعًا، أما في الركوع فلا يشكل، وفي القيام لأن حالة الركوع كحالة القيام، فبهذا الحرف يقع الفرق بين الفصلين.

(١) قلت: وهو قول الإمام محمد، وقول جميع أصحابنا لا يجوزون القنوت في صلاة الصبح إلا في النازلة.

(٢) قلت: رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عنه عن حماد عن إبراهيم مرسلا، وكذلك عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله ﷺ موصولا، والمرسل أخرجه الإمام محمد أيضًا في آثاره. والموصول أخرجه الحارثي أيضًا والأشناني وابن خسرو عن الأشناني من طريق الإمام أبي يوسف عنه وأخرجه طلحة وابن خسرو عنه عن أبان بن أبي عياش عن إبراهيم عن علقمة عن عبدالله، وأخرجه الحارثي من طريق محمد بن بشر عنه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ «أنه لم يقنت إلا أربعين يومًا يدعو على عصية وذكوان، ثم لم يقنت إلى أن مات».

قلت: حديث الدعاء على عصية ورَعل وَذكوان أخرجه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن أنس وغيره، وأما فعل أبي بكر فأخرجه أبو يوسف في آثاره عن حماد عن إبراهيم أن أبا بكر ﷺ لم يقنت حتى لحق بالله تعالى.

وأخرجه الأشناني وابن خسرو عنه من طريق أبي عبد الرحمن المقرئ عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة: ما قنت أبو بكر في الفجر حتى لحق بالله عز وجل، وأخرجاه عنه عن حماد عن إبراهيم بلفظ: ما قنت أبو بكر ولا عمر ولا علي حتى حارب أهل الشام فكان يقنت.

وأما حديث ابن مسعود فأخرجه الإمام محمد في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن ابن مسعود لم يقنت هو ولا أحد من أصحابه حتى فارق الدنيا، يعني في صلاة الفجر.

وأما حديث عمر ﷺ فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثاريهما عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود قال: صحبت عمر ﷺ سنتين لم أره قانتًا في سفر ولا حضر وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه وابن خسرو من طريق الحسن عنه، وأخرجه أبو يوسف أيضًا في آثاره عنه عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب أن عمر كان يقنت إذا حارب ويدع القنوت إذا لم يحارب.

وأخرجه طلحة بن محمد أيضًا من طريق أبي يوسف عنه وابن خسرو من طريق أبي مطيع البلخي عن شريك بن عبدالله عنه. وأخرجه الطحاوي من طريق أبي شهاب الخياط عنه.

وأخرجه من طريق مسعر عن عبدالملك بن ميسرة عن زيد بن وهب عنه أنه ربما قنت وربما لم يقنت. وأما حديث ابن عباس فلم أجد من أخرجه عن الإمام.

ابن مسعود ﷺ لم يقنت في سفر ولا في حضر، وأن عمر بن الخطاب ﷺ لم يقنت، وأن ابن عباس رضي الله عنهما لم يقنت، وأن عبدالله ابن عمر رضي الله عنهما لم يقنت وقال: يا أهل العراق أنبئت أن إمامكم يقوم لا قارئ قرآن ولا راكع، يعني بذلك القنوت، وأن عليًا ﷺ قنت في حرب يدعو على معاوية فأخذ أهل الكوفة عنه ذلك، وقنت معاوية ﷺ بالشام يدعو على علي ﷺ فأخذ أهل الشام عنه ذلك.

وكان ابن أبي ليلى يرى القنوت في الركعة الآخرة بعد القراءة وقبل الركوع في الفجر، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قنت بهاتين السورتين: اللهم إنا

=

وأخرجه الإمام محمد في الحجة عن أبي يوسف عن حصين عن عمرو بن الحارث السلمي قال: صليت مع ابن عباس الصبح مرارًا فلم يقنت.

وأخرجه عن أبي إسرائيل إسماعيل بن إسحاق عن طلحة بن مصرف عن مجاهد عن ابن عمر وابن عباس أنهما كانا لا يقنتان.

وأخرجه الطحاوي في معاني الآثار من طريق الثوري عن واقد عن سعيد بن جبير قال: صليت خلف ابن عمر وابن عباس فكانا لا يقنتان في صلاة الصبح.

وأخرجه من طريق زائدة عن منصور عن مجاهد أو سعيد أن ابن عباس كان لا يقنت في صلاة الفجر.

ورواه من طريق هشيم عن حصين عن عمران بن الحارث السلمي قال: صليت خلف ابن عباس في داره الصبح فلم يقنت قبل الركوع ولا بعده.

ورواه عن شعبة عن حصين عن عمران: صليت خلف ابن عباس الصبح فلم يقنت. وأما حديث ابن عمر فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثاريهما عنه عن الصلت بن بهرام عن حوط عن أبي الشعثاء عنه.

وأخرجه الأشناني أيضًا من طريق أبي يوسف عنه وطلحة بن محمد في مسنده من طريق عبد الله بن الزبير عنه بالسند المذكور.

وأما حديث علي ﷺ فمر تخريجه في ضمن حديث أبي بكر ﷺ. وأخرجه أبو يوسف أيضًا في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن عليًا ﷺ قنت يدعو على معاوية ﷺ حين حاربه فأخذ أهل الكوفة عنه، وقنت معاوية يدعو على علي فأخذ أهل الشام عنه. وكذلك أخرجه محمد في آثاره عنه *.

انظر : الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (١/١٩٤)، وتلخيص الحبير (١/٢٤٥). ونصب الراية للزيلعي (٢/١٢٧، ١٢٨)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (١/٢٤٣، ٢٤٥)، والسنن الكبرى للبيهقي (٢/٢١٣)، واختلاف الحديث للإمام الشافعي (ص٢٣٧)، وحلية العلماء للقفال (٢/١١) وروضة الطالبين للنووي (١/٢٢٣)، والمجموع له (٣/٤٥٨) وشرح مسلم له أيضا (٥/١٧٦).

نستعينك ونستغفرك، نثني عليك الخير، ونشكرك ولا نكفرك، ونخلع ونترك من يفجرك. اللهم إياك نعبد، ولك نصلي ونسجد، وإليك نسعى ونحفد، ونرجو رحمتك ونخشى عذابك، إن عذابك بالكفار ملحق. وكان يحدث عن ابن عباس عن عمر رضي الله عنهم بهذا الحديث[(١)]. ويحدث عن علي ﷺ أنه قنت[(٢)].

باب صلاة الخوف

قال أبو يوسف ﷺ: وكان أبو حنيفة ﷺ يقول في صلاة الخوف[(٣)]: يقوم الإمام

---

(١) قلت: رواه الطحاوي في معاني الآثار عن سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن عبيد بن عمير قال: صليت خلف عمر ﷺ صلاة الغداة فقنت فيها بعد الركوع وقال في قنوته: اللهم إنا نستعينك. إلى آخر الحديث بلفظ الكتاب.

ورواه عن سعيد عن هشيم عن حصين عن ذر بن عبدالله الهمداني عن سعيد بن عبدالرحمن بن أبزى عن أبيه أنه صلى خلف عمر ففعل مثل ذلك إلا أنه قال: «ونثني عليك ولا نكفرك، ونخشى عذابك إن عذابك الجد».

ورواه عن وهب بن جرير عن شعبة عن عبدة بن أبي لبابة عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه أن عمر قنت في صلاة الغداة قبل الركوع بالسورتين.

وروي عن وهب عن شعبة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس عن عمر ﷺ أنه كان يقنت في صلاة الصبح بسورتين: اللهم إنا نستعينك، واللهم إياك نعبد.

وروى عن همام عن قتادة عن أبي رافع قال: صليت خلف عمر بن الخطاب صلاة الصبح فقرأ بالأحزاب فسمعت قنوته وأنا في آخر الصفوف.

وروي عن سفيان وإسرائيل عن مخارق عن طارق بن شهاب قال: صليت خلف عمر صلاة الصبح فلما فرغ من القراءة في الركعة الثانية كبر ثم قنت ثم كبر فركع.

(٢) وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار [٢٤٥/١] من طريق هشيم عن عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن عن علي أنه كان يقنت في صلاة الصبح قبل الركوع. ورواه من طريق ابن معقل عنه.

(٣) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج٢ ص٤٥: أعلم أن العلماء اختلفوا في صلاة الخوف في فصول: أحدها: أنه مشروع بعد رسول الله ﷺ في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف أولا كذلك ثم رجع فقال: كانت في حياته خاصة ولم تبق مشروعة بعده. هكذا ذكره في نوادر أبي سليمان لقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ فقد شرط كونه فيهم لإقامة صلاة الخوف، ولأن الناس كانوا يرغبون في الصلاة خلفه ما لا يرغبون في الصلاة خلف غيره، فشرع بصفة الذهاب والمجيء لينال كل فرقة فضيلة الصلاة خلفه، وقد ارتفع هذا المعنى بعده. وكل طائفة يتمكنون من أداء الصلاة بإمام على حدة فلا يجوز لهم أداؤها بصفة الذهاب والمجيء. قال الإمام الطحاوي: وهذا القول عندنا ليس بشيء، لأن أصحاب النبي ﷺ قد صلوها بعده، قد صلاها حذيفة بطبرستان، وما في ذلك فأشهر من أن يحتاج إلى أن نذكره ههنا، فإن احتج في

وتقوم معه طائفة فيكبرون مع الإمام ركعة وسجدتين ويسجدون معه فينفتلون من غير أن يتكلموا حتى يقفوا بإزاء العدو ثم تأتي الطائفة التي كانت بإزاء العدو فيستقبلون التكبير ثم يصلي بهم الإمام ركعة أخرى وسجدتين ويسلم الإمام فينفتلون هم من غير تسليم ولا يتكلموا فيقوموا بإزاء العدو وتأتى الأخرى فيصلون ركعة وحدانا ثم يسلمون، وذلك لقول الله عز وجل: ﴿ وَلْتَأْتِ طَآئِفَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُصَلُّواْ فَلْيُصَلُّواْ مَعَكَ ﴾. وكذلك بلغنا عن عبد الله بن عباس وإبراهيم النخعي(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: يقوم الإمام والطائفتان جميعًا إذا كان العدو بينهم وبين القبلة فيكبر ويكبرون ويركع ويركعون جميعًا ويسجد الإمام والصف الأول ويقوم الصف الآخر في وجوه العدو، فإذا رفع الإمام رفع الصف الأول رءوسهم وقاموا وسجد الصف المؤخر، فإذا فرغوا من سجودهم قاموا ثم تقدم الصف المؤخر، ويتأخر الصف الأول فيصلى بهم الإمام الركعة الأخرى كذلك(٢) ويحدث بذلك ابن أبي ليلى عن

=

ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ ٱلصَّلَوٰةَ .... ﴾ الآية فقال: إنما أمر بذلك إذا كان فيهم فإذا لم يكن فيهم انقطع ما أمر به من ذلك، قيل له: فقد قال عز وجل: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ .... ﴾ الآية فكان الخطاب ههنا له، وقد أجمع أن ذلك معمول به من بعده كما كان يعمل به في حياته. ولقد حدثني أحمد بن أبي عمران أنه سمع أبا عبد الله محمد بن شجاع الثلجي يعيب قول أبي يوسف هذا ويقول: إن الصلاة مع النبي ﷺ وإن كانت أفضل من الصلاة مع الناس جميعًا فإنه لا يجوز لأحد أن يتكلم فيها بكلام يقطعها فلا ينبغي أن يفعل فيها شيئًا لا يفعله في الصلاة مع غيره وأنه يقطعها ما يقطع الصلاة خلف غيره من الأحداث كلها، فلما كانت الصلاة خلفه لا يقطعها الذهاب والمجيء واستدبار القبلة إذا كانت صلاة خوف، كانت خلف غيره كذلك أيضًا - شرح معاني الآثار ج١ ص١٨٩.

(١) أخرجهما أبو يوسف ومحمد في آثاريهما. أما حديث ابن عباس فعن الإمام عن الحارث عن عبد الرحمن عنه، وأخرجه محمد في كتاب الحجة أيضًا. وأما أثر إبراهيم فأخرجاه عنه عن حماد عن إبراهيم. قلت: روى أبو داود والطحاوي والبيهقي عن سفيان عن خصيف عن أبي عبيدة عن ابن مسعود مرفوعًا نحو ما روى الإمام عن إبراهيم. وروي عن ابن عمر مرفوعًا نحوه أخرجه مالك والستة والطحاوي والبيهقي. وروي أبو داود عن عبد الرحمن ابن سمرة أنه صلى في غزوة كابل نحوه. وروي عن زيد بن ثابت على ما رواه أبو داود والطحاوي والبيهقي قريبًا منه يمكن أن يحمل على ما رواه ابن مسعود، وكذلك صلى بهم سعيد بن العاص بطبرستان حين عنه حذيفة. ورواه الطحاوي وغيره.

(٢) قال في المبسوط ج٢ ص٤٦: وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في ناحية القبلة جعل الناس صفين وافتتح الصلاة بهم جميعًا، فإذا ركع الإمام ركعوا معه، وإذا سجد الإمام سجد معه الصف
=

عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ [١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في دبر القبلة قام الإمام وصف معه مستقبل القبلة والصف الآخر مستقبل العدو ويكبر ويكبرون جميعًا ويركع ويركعون جميعًا ثم يسجد الصف الذي مع الإمام سجدتين ثم ينفتلون فيستقبلون العدو ويجيء الآخرون فيسجدون ويصلي بهم الإمام الركعة الثانية فيركعون جميعًا ويسجد معه الصف الذي معه ثم ينفتلون فيستقبلون العدو ويجيء الآخرون فيسجدون ويفرغون ثم يسلم الإمام وهم جميعًا.

قال: وإذا جهر الإمام في صلاة لا يجهر فيها بالقراءة عمدًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: قد أساء وصلاته تامة. وكان ابن أبي ليلى يقول: يعيد بهم الصلاة.

قال: وإذا صلى الرجل أربع ركعات بالليل ولم يسلم فيها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا بأس بذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: أكره ذلك له حتى يسلم في كل ركعتين. وبه نأخذ [٢].

= الأول، والصف الثاني قيام يحرسونه، وإذا رفعوا رءوسهم سجد الصف الثاني والصف الأول قعود يحرسونه فإذا رفعوا رءوسهم سجد الإمام السجدة الثانية وسجد معه الصف الأول والصف الثاني قعود يحرسونهم، فإذا رفعوا رءوسهم سجد الصف الثاني والصف الأول قيام يحرسونهم، فإذا رفعوا رءوسهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثاني فصلى بهم الركعة الثانية بهذه الصفة أيضًا، فإذا قعد وسلم سلموا معه. واستدل بحديث أبي عياش الزرقي ﷺ أن النبي ﷺ صلى صلاة الخوف بعسفان بهذه الصفة، وأبو يوسف يجوز صلاة الخوف بهذه الصفة لأنه ليس فيها ذهاب ومجيء. وعندنا إذا كان العدو في ناحية القبلة، فإن صلوا بهذه الصفة أجزأهم وإن صلوا بصفة الذهاب والمجيء كما بينا أجزأهم، لأن ظاهر الآية شاهد لذلك قال الله تعالى: ﴿ وَلْتَأْتِ طَآئِفَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُصَلُّواْ فَلْيُصَلُّواْ مَعَكَ ﴾ .

(١) وأخرجه البيهقي من طريق عبدة ويحيى بن سعيد القطان عن عبد الملك عن عطاء عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي من طريق أبي الزبير عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي عن مجاهد عن أبي عياش الزرقي ﷺ مثل حديث جابر.

(٢) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضًا، قال في المبسوط ج١ ص١٥٨: والأربع أحب إلي. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، فأما عندهما فالأفضل ركعتان لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رسول الله ﷺ: «صلاة الليل مثنى مثنى ففي كل ركعتين فسلم» واستدلالا بالتراويح، فإن الصحابة اتفقوا على أن كل ركعتين منها بتسليمة، فدل أن ذلك أفضل. ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن قيام رسول الله ﷺ في ليالي رمضان فقالت: كان قيامه في رمضان وغيره سواء، كان يصلي بعد العشاء أربع ركعات لا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم أربعًا لا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم كان يوتر بثلاث. ولأن في الأربع بتسليمة معنى الوصل والتتابع في العبادة فهو أفضل. والتطوع نظير الفرائض والفرض في صلاة الليل العشاء وهي أربع بتسليمة فكذلك النفل. وأما

قال: وكان أبو حنيفة ﷺ يكبر على الجنائز أربعًا. وكان ابن أبي ليلى يكبر خمسًا على الجنائز [١].

قال: وكان أبو حنيفة ﷺ يكره أن يجهر بـ"بسم الله الرحمن الرحيم". وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا جهرت فحسن، وإذا أخفيت فحسن [٢].

قال: وذكر عن ابن أبي ليلى عن رجل توضأ ومسح على خفيه من حدث ثم نزع الخفين قال: يصلي كما هو، وحدث بذلك عن الحكم عن إبراهيم.

وذكر أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال: لا يصلي حتى يغسل رجليه [٣] وبه نأخذ.

قوله: ففي كل ركعة فسلم، معناه فتشهد، والتشهد يسمى سلامًا لما فيه من السلام، وصلاة التراويح إنما جعلوها ركعتين بتسليمة واحدة ليكون أروح على البدن، وما يشترك فيه العامة يبنى على اليسر، فأما الأفضل فهو أشق على البدن إلخ.

(١) وفي المبسوط (ج٢ ص٦٣): والصلاة على الجنائز أربع تكبيرات. وكان ابن أبي ليلى يقول: خمس تكبيرات، وهو رواية عن أبي يوسف. والآثار قد اختلفت في فعل رسول الله ﷺ. فروي الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك إلا أن آخر فعله كان أربع تكبيرات، فكان هذا ناسخًا لما قبله، وإن عمر ﷺ جمع الصحابة حين اختلفوا في عدد التكبيرات وقال لهم: إنكم اختلفتم فمن يأتي بعدكم أشد اختلافًا فانظروا آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ على جنازة فخذوا بذلك، فوجدوه صلى على امرأة كبر عليها أربعًا فاتفقوا على ذلك، ولأن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة في سائر الصلوات وليس في المكتوبات زيادة على أربع ركعات إلا أن ابن أبي ليلى يقول: التكبيرة الأولى للافتتاح فينبغي أن يكون بعدها أربع تكبيرات كل تكبيرة قائمة مقام ركعة. وأهل الزيغ يزعمون أن عليًا ﷺ كان يكبر على أهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس أربعًا. وهذا افتراء منهم عليه، فقد روي أنه كبر على فاطمة رضي الله عنها أربعًا. وروي أنه إنما صلى على فاطمة أبو بكر ﷺ وكبر عليها أربعًا، وعمر صلى على أبي بكر وكبر أربعًا.

(٢) قال الإمام السرخسي في ص١٧ من المجلد الأول من مبسوطه: وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يتخير الإمام في التسمية بين الجهر والمخافتة. وهذا مذهبه في كل ما اختلف فيه الأثر كرفع اليد عند الركوع، وتكبيرات العيد، ونحوها، ويستدل بما روي عن النبي ﷺ قال: «من استجمر فليوتر من فعل هذا فقد أحسن، ومن لا فلا حرج» وهذا ضعيف، فإن آخر الفعلين يكون ناسخًا لأولهما والقول بالتخيير بين الناسخ والمنسوخ عملا لا يجوز.

(٣) وأخرجه هو في آثاره أيضًا ومحمد أيضًا في آثاره. قال السرخسي في (ج١ ص١٠٢) من مبسوطه: وعن إبراهيم النخعي فيه ثلاثة أقوال: روى حماد عنه كما هو مذهبنا، وروى ابن أبي ليلى عن الحكم عنه أنه لا شيء عليه، وروى الحسن ابن عمارة عن الحكم عنه أن عليه استقبال الوضوء. وجه هذه الرواية أن انتقاض الوضوء لا يحتمل التجزيء كانتقاضه بالحدث ووجه الرواية الأخرى أن الطهارة الكاملة لا تنتقض إلا بحدث في شيء من الأعضاء، ونزع الخف ليس بحدث، ووجه قولنا أن استتار القدم بالخف كما يمنع سراية الحدث إلى القدم وذلك الاستتار =

قال: وذكر عن الحكم(١) أيضًا عن إبراهيم أنه قال: لا بأس بعد الآى في الصلاة.

قال: وإذا توضأ الرجل بعض وضوئه ثم لم يتمه حتى جف ما قد غسل، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: يتم ما قد بقي ولا يعيد على ما مضى. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان في طلب الماء أو في الوضوء فإنه يتم ما بقي، وإن كان قد أخذ في عمل غير ذلك أعاده على ما جف (٢).

حدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن سعيد بن جبير(٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم(٤) وبه نأخذ. حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه كان يمسح التراب عن وجهه في الصلاة قبل أن يسلم(٥). وكان أبو

= بالخلع يزول فيسري ذلك إلى القدم فكأنه توضأ ولم يغسل رجليه فعليه غسلهما. والرجلان في حكم الطهارة كشيء واحد، فإذا وجب غسل إحداهما وجب غسل الأخرى ضرورة أنه لا يجمع بين المسح والغسل في عضو واحد.

(١) وذكر: أي ابن أبي ليلى مثل ما ذكر فوقه عن الحكم. كذلك روى هنا. قلت: وأخرج أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أنه كره عد الآي في الصلاة.

(٢) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ص٥٦ : وقال ابن أبي ليلى: إن كان في طلب الماء أجزأه، لأن ذلك من عمل الوضوء، فإن كان أخذ في عمل آخر غير ذلك وجف وجب علينا إعادة ما جف، وجعله قياس أعمال الصلاة إذا اشتغل في خلالها بعمل آخر. ولنا ما بينا أن المقصود تطهير الأعضاء وذلك حاصل بدون الموالاة والمنصوص عليه في الكتاب غسل الأعضاء، فلو شرطنا الموالاة كان زيادة على النص. وقد بينا أن مواظبة رسول الله ﷺ قد تكون لبيان السنة، وأفعال الصلاة تؤدى بناء على التحريمة، والاشتغال بعمل آخر مبطل للتحريمة فكان مفسدًا، بخلاف الوضوء فإن أركان الوضوء لا تنبني على التحريمة حتى لم يكن الكلام في الوضوء مفسدًا له. والله أعلم.

(٣) هو سعيد بن جبير، الوالبي مولاهم، الكوفي، الفقيه أحد الأعلام. روى عن ابن عباس وابن عمر وعبد الله بن مغفل وعدي بن حاتم وخلق، وعنه الحكم وسلمة بن كهيل وسليم الأحول وسليمان الأعمش وأيوب وعمرو بن دينار وخلائق. وقال اللالكائي: إمام حجة. وقال عبد الملك بن أبي سليمان: كان يختم في كل ليلتين. قال ميمون بن مهران: مات سعيد وما على وجه الأرض إلا وهو محتاج إلى علمه. قتل سنة خمس وتسعين كهلا. قتله الحجاج فما أمهل بعده. قال خلف بن خليفة عن أبيه: شهدت مقتل ابن جبير فلما بان الرأس قال: لا إله إلا الله، فلما قالها الثالثة لم يتمها رضي الله عنه. قلت: هو من رواة الستة.

(٤) قلت: قال البيهقي [٢/٢٨٦]: وروي عن ابن عباس أنه قال: «لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم» ولم يذكر سنده.

(٥) قلت: وأخرجه عنه في آثاره أيضًا. وأخرجه محمد أيضًا في آثاره. قال محمد: لا نرى بأسًا بمسحه ذلك قبل التشهد والتسليم، لأن تركه يؤذي المصلي وربما شغله عن صلاته، وهو قول أبي حنيفة.

حنيفة ﷺ لا يرى بذلك بأسًا. وبه نأخذ[١].

باب الزكاة

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا كان على رجل دين ألف درهم وله على الناس دين ألف درهم وفي يده ألف درهم، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس عليه زكاة فيما في يديه حتى يخرج دينه فيزكيه[٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه فيما في يديه الزكاة.

قال: وكان ابن أبي ليلى يقول: زكاة الدين على الذي هو عليه. فقال أبو حنيفة ﷺ: بل هي على صاحبه الذي هو له إذا خرج، كذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب ﷺ[٣].

---

(١) قال في المبسوط ص٢٧: ولو مسح جبهته من التراب قبل أن يفرغ من صلاته لا بأس به، لأنه عمل مفيد فإن التصاق التراب بجبهته نوع مثلة فربما كان الحشيش الملتصق بجبهته يؤذيه فلا بأس به. ولو مسح بعد ما رفع رأسه من السجدة الأخيرة لا خلاف في أنه لا بأس به. فأما قبل ذلك فلا بأس به في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف قال: أحب إليَّ أن يدعه، لأنه يتترب ثانيًا وثالثًا فلا يكون مفيدًا. ولو مسح لكل مرة كان عملا كثيرًا، ومن مشائخنا من كره ذلك قبل الفراغ من الصلاة وجعلوا القول قول محمد رحمه الله في الكتاب: لا، مفصولا عن قوله: أكرهه فإنه قال في الكتاب: قلت: لو مسح جبهته قبل أن يفرغ من صلاته قال لا أكرهه يعني لا تفعل فإني أكرهه، لحديث ابن مسعود ﷺ: « أربع من الجفاء: أن تبول قائمًا، وأن تسمع النداء فلم تجبه، وأن تنفخ في صلاتك، وأن تمسح جبهتك في صلاتك». وتأويله عند من لا يكرهه من أصحابنا المسح باليدين كما يفعله الداعي إذا فرغ من الدعاء في غير الصلاة اهـــ. قلت: تأويل قول محمد غير مرضي كما علم من تصريحه في الآثار.

(٢) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج٢ ص١٩٥: ثم الديون على ثلاث مراتب عند أبي حنيفة ﷺ: دين قوي وهو ما يكون بدلا عن مال كان أصله للتجارة لو بقي في ملكه، ودين وسط وهو أن يكون بدلا عن مال لا زكاة فيه لو بقي في ملكه كثياب البذلة والمهنة، ودين ضعيف وهو ما يكون بدلا عما ليس بمال: كالمهر، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد، ففي الدين القوي لا يلزمه الأداء ما لم يقبض أربعين درهمًا فإذا قبض هذا المقدار أدى درهمًا وكذلك كلما قبض أربعين درهمًا، وفي الدين المتوسط لا يلزمه الأداء ما لم يقبض مائة درهم فحينئذ يؤدي خمسة دراهم، وفي الدين الضعيف لا تلزمه الزكاة ما لم يقبض ويحول الحول عنده، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أن الدين نوعان وجعل الوسط كالضعيف، وهو اختيار الكرخي على ما ذكره في المختصر. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الديون كلها سواء لا تجب الزكاة فيها قبل القبض وكلما قبض شيئًا يلزمه الأداء بقدره، قل أو كثر، ما حلا دين الكتابة فإنه لا يجب عليه فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض، وذكر الكرخي أن المستثنى عندهما دينان: الكتابة والدية على العاقلة إلخ. قلت: ومعنى قول الإمام ليس عليه زكاة فيما يديه أنه مصروف إلى ما عليه من الدين، ولا يصرف الدين إلى الدين، والله أعلم بالصواب.

(٣) أخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار، وكتاب الحجة [٤٧١/١] عن الإمام عن الهيثم عن ابن سيرين عن علي بن أبي طالب ﷺ قال: « إذا كان لك دين على الناس فقبضته فزكه لما مضى».

وبهذا نأخذ.

قال: وإذا كانت أرض من أرض الخراج. فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: ليس فيها عشر، لا يجتمع عشر وخراج. وبه نأخذ(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه فيها العشر مع الخراج.

قال: وإذا كانت الأرض من أرض العشر، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: في كل قليل وكثير أخرجت من الحنطة والشعير والزبيب والتمر والذرة وغير ذلك من أصناف الغلة، العشر ونصف العشر. والقليل والكثير في ذلك سواء وإن كانت حزمة من بقل.

=

قال محمد: وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة، ثم ذكر عن إبراهيم زكاتها على الذي يستعملها وينتفع بها. قال محمد: ولسنا نأخذ بهذا، ولكنا نأخذ بقول علي: زكاتها على صاحبها إذا قبضها زكاها لما مضى.

قلت: وحديث علي أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال والبيهقي من طريقه عن يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن عبيدة عن علي رضي الله عنه في الدين الظنون. قال: إن كان صادقًا فليزكه إذا قبضه. قال البيهقي: قال أبو عبيد: قوله. «الظنون» هو الذي لا يدري صاحبه أيقضيه الذي عليه الدين أم لا؟ كأنه الذي لا يرجوه. وأخرجه ابن أبي شيبة أيضًا [٢/٣٩٠].

قلت: وأخرج البيهقي من طريق سفيان عن موسى بن عبيدة عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر قال: «زكوا ما كان في أيديكم وما كان من دين في ثقة فهو بمنزلة ما في أيديكم، وما كان من دين ظنون فلا زكاة فيه حتى يقبضه»، وأخرج أبو عبيدة من طريق يحيى ابن أيوب عن عبد الله بن سليمان أو ابن أبي سليمان عن سعيد بن أبي هلال عن أبي النضر عن ابن عباس قال في الدين: إذا لم ترج أخذه فلا تزكه حتى تأخذ فإذا أخذته فزكه عنه ما عليه — من ص٤٣٢.

(١) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج٢ ص٢٠٨: وجه قولنا ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفًا ومرفوعًا إلى رسول الله ﷺ قال: «لا يجتمع العشر والخراج في أرض رجل مسلم» ولأن أحدًا من أئمة العدل والجور لم يأخذ العشر من أرض السواد مع كثرة احتيالهم لأخذ أموال الناس، وكفى بالإجماع حجة، ثم الخراج والعشر كل واحد منهما مؤنة الأرض النامية ولا يجتمع المؤنتان بسبب أرض واحدة وسببهما لا يجتمع، فإن سبب وجوب الخراج فتح الأرض عنوة وثبوت حق الغانمين فيها، وسبب وجوب العشر إسلام أهل البلدة طوعًا وعدم ثبوت حق الغانمين فيها وبينهما تناف، فإذا لم يجتمع السببان لا يثبت الحكمان جميعًا. قلت: أما حديث ابن مسعود فأخرجه الحارثي وطلحة بن محمد والأشناني وابن خسرو من طريقه والقاضي أبو بكر كلهم من طريق يحيى عن عنبسة عن الإمام أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجتمع على مسلم عشر وخراج في أرض» *

---

* انظر : شرح فتح القدير لابن الهمام (٢/٢٥٨).

وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم[١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس في شيء من ذلك عشر إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب. ولا يكون فيه العشر حتى يبلغ خمسة أوسق فصاعدًا. والوسق عندنا: ستون صاعًا. والصاع مختوم بالحجاجي[٢] وهو ربع بالهاشمي الكبير، وهو ثمانية أرطال. والمد رطلان. وبه نأخذ[٣]. وقال أبو يوسف: ليس في البقول والخضراوات عشر ولا أرى في شيء من ذلك عشرا إلا الحنطة والشعير والحبوب. وليس فيه شيء حتى يبلغ خمسة أوسق[٤].

---

(١) وأخرجه عنه في الخراج والآثار أيضًا.
وأخرجه الإمام محمد في آثاره هكذا من قول إبراهيم. وأخرجه ابن خسرو في مسنده من طريق أبي مطيع عنه عن أبان بن أبي عياش عن أنس مرفوعًا: «في كل شيء أخرجت الأرض العشر أو نصف العشر» قال أبو حنيفة: ولم يذكر صاعكم.
قلت: وأخرجه البزار عن قتادة عن أنس. وروى البخاري [٥٤٠/٢] عن ابن عمر رفعه: «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر، وفيما سقي بالنضح نصف العشر»
وروى ابن ماجه [٥٨١/١] عن معاذ ﷺ: «بعثني النبي ﷺ إلى اليمن فأمرني أن آخذ مما سقت السماء وما سقي بفلاة، العشر، وما سقي بالدوالي نصف العشر».

(٢) في المغرب: والحجاج في الأعلام يحتمل أن يكون من الحج: الغلبة بالحجة، أو من القصد. وبه سمي ابن يوسف وإليه ينسب الصاع، لأنه اتخذه على صاع عمر ﷺ فيقال: الصاع الحجاجي والقفيز الحجاجي، وهو ربع الهاشمي، وهو ثمانية أرطال. وفيه والمختوم الصاع بعينه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخدري: «الوسق ستون مختومًا».
قلت: روى يحيى بن آدم القرشي عن إسرائيل عن أبي إسحاق قال: قدم علينا الحجاج من المدينة فقال: إني قد اتخذت لكم مختومًا على صاع عمر بن الخطاب. قال أبو عبيد في الأموال: وإنما سمي مختومًا لأن الأمراء جعلت على أعلاه خاتمًا مطبوعًا لئلا يزاد فيه ولا ينقص منه.

(٣) وفي المبسوط (ج٣ ص٢): ثم عند أبي حنيفة العشر يجب في القليل من الخارج وكثيره ولا يعتبر فيه النصاب لعموم الحديثين، يعني بهما قوله عليه السلام: «ما سقت السماء ففيه العشر، وما أخرجت الأرض ففيه العشر» وما روي عن ابن عباس أنه حين كان واليًا بالبصرة أخذ العشر من البقول من كل عشر دستجات دستجة، كما روينا، ولأن النصاب في أموال الزكاة كان معتبرًا لحصول صفة الغنى للمالك بها وذلك غير معتبر لإيجاب العشر فإن أصل المال هنا لا يعتبر فهو وخمس الركاز سواء. والأصل عندهما أنه لا يجب العشر، فيما دون خمسة أوسق مما يدخل تحت الوسق، والوسق ستون صاعًا، فخمسة أوسق ألف ومائتا من. واحتجا فيه بقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة». وأبو حنيفة يقول: تأويل الحديث زكاة التجارة، فإنهم كانوا يتبايعون بالأوساق كما ورد به الحديث فقيمة خمسة أوسق مائتا درهم. والتفصيل في المبسوط.

(٤) وفي المبسوط ج٣ ص٢: والأصل عند أبي يوسف ومحمد أن ما ليست له ثمرة باقية مقصودة فلا شيء فيه كالبقول والخضر والرياحين، إنما العشر فيما له ثمرة باقية مقصودة. واحتجا فيه بحديث موسى بن طلحة عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «ليس في الخضراوات صدقة» وتأويله عند أبي حنيفة

قال: وإذا كان لرجل إحدى وأربعون بقرة، فإن أبا حنيفة كان يقول: إذا حال عليه الحول ففيها مسنة وربع عشر مسنة[١] وما زاد فبحساب ذلك إلى أن تبلغ ستين بقرة. وأظنه حدثه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا شيء في الزيادة على الأربعين حتى تبلغ ستين بقرة. وبه نأخذ. وبلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا شيء في الأوقاص»[٢] والأوقاص عندنا ما بين الفريضتين. وبه نأخذ[٣].

= صدقة تؤخذ: أي لا يأخذ العاشر من الخضراوات إذا مر بها عليه ثم قال: ما كان نافعًا عادة يتيسر وجوده على الغني والفقير فلا يجب فيه حق الله تعالى كما لا تجب الزكاة في الصيود والحطب والحشيش. وإنما يجب حق الله فيما يعز وجوده فيناله الأغنياء دون الفقراء كالسوائم ومال التجارة فكذلك هنا ما له ثمرة باقية يعز وجوده، فأما الخضراوات فتافهة عادة، ولهذا أوجبنا في الزعفران، ولم نوجب في الورس والوسمة لأنه لا ينتفع بهما انتفاعًا عامًا، وأبو يوسف أوجب في الحناء لأنه ينتفع به انتفاعًا عامًا، ولم يوجبه فيه محمد لأنه من الرياحين.

وفي الثوم والبصل روايتان عن محمد قال في إحدى الروايتين: هما من الخضر فلا شيء فيهما، وفي الرواية الأخرى قال: يقعان في الكيل ويبقيان في أيدي الناس من حول إلى حول فيجب فيهما العشر. والبطيخ والقثاء، والخيار، لا شيء فيها عندهم، لأنها من الرطاب وبزرها غير مقصود فلا يكون معتبرًا، وكذلك الثمار قال: لا شيء في الكمثرى والخوخ والمشمش والإجاص، وما يجفف منها لا يعتبر. وأوجبنا في الجوز واللوز العشر، وفي الفستق على قول أبي يوسف يجب العشر، وعلى قول محمد لا يجب.

(١) زاد في المبسوط ج٢ ص١٨٧: أو ثلث عشر تبيع. فلعله سقط هنا من الأصل قلت: وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ففيها مسنة أو ربع مسنة أو ثلث تبيع، وروى أسد بن عمرو عنه أنه ليس في الزيادة شيء حتى تكون ستين ففيها تبيعان. وهو قول أبي يوسف ومحمد.

(٢) رواه البزار والدارقطني من طريق المسعودي عن الحكم عن طاوس عن ابن عباس قال: بعث رسول الله ﷺ معاذًا إلى اليمن – الحديث فلما رجع سأل النبي ﷺ عنه يعني الوقص فقال: «ليس فيها شيء»* قال المسعودي: الأوقاص ما بين الثلاثين إلى الأربعين، والأربعين إلى الستين. قال البزار: تفرد به بقية عن المسعودي، وتابعه الحسن بن عمارة عن الحكم، ورواه الحفاظ عن الحكم عن طاوس مرسلا – دراية.

(٣) وهو قول محمد أيضًا. وجه قول الإمام أن نصب النصاب بالرأي لا يكون وإنما يكون طريق معرفته النص ولا نص فيما بين الأربعين إلى الستين فإذا تعذر اعتبار النصاب فيه أوجبنا الزكاة في قليله وكثيره بحساب ما سبق، وحديث معاذ المراد به حال قلة العدد في الابتداء. فإن الوقص في الحقيقة اسم لما لم يبلغ نصابًا وذلك في الابتداء يكون. وقيل المراد بالأوقاص الصغار وهي العجاجيل وبه نقول إنه لا شيء فيها – من المبسوط.

---

* رواه الدارقطني (٩٩/٢)، والبيهقي(٩٩/٤)، وانظر نصب الراية(٣٤٨/٢)، والدراية (٢٥٢/١).

قال: وإذا كان للرجل عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم فحال عليها الحول، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول في الزكاة: يضيف أقل الصنفين إلى أكثرهما ثم يزكيه إن كانت الدنانير أقل من عشرة دراهم بدينار تقوم الدراهم دنانير ثم يجمعها جميعًا فتكون أكثر من عشرين مثقالا من الذهب فيزكيها في كل عشرين مثقالا نصف مثقال فما زاد فليس فيه شيء من الزكاة حتى يبلغ أربعة مثاقيل فيكون فيها عشر مثقال. وإذا كانت الدنانير أكثر من عشرة دراهم بدينار قوم الدنانير دراهم وأضافها إلى الدراهم فتكون أكثر من مائتي درهم. ففي كل مائتين خمسة دراهم ولا شيء فيما زاد على المائتين حتى يبلغ أربعين درهمًا، فإذا بلغت ففي كل أربعين زادت بعد المائتين درهم. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا زكاة في شيء من ذلك حتى يبلغ الذهب عشرين مثقالا وتبلغ الفضة مائتي درهم ولا يضيف بعضها إلى بعض ويقول: هذا مال مختلف بمنزلة رجل له ثلاثون شاة وعشرون بقرة وأربعة أبعرة فلا يضاف بعضها إلى بعض[1]. وقال ابن أبي ليلى: ما زاد على المائتي

=

قلت: قال في المغرب: الوقص دق العنق وكسرها. والوقص أيضًا ما بين الفريضتين كالشنق. وقيل الأوقاص في البقر والشناق في الإبل.

(١) وفي المبسوط ج٢ ص١٩٢ : ولنا حديث بكير بن عبد الله بن الأشج ﷺ قال: من السنة أن يضم الذهب إلى الفضة لإيجاب الزكاة، ومطلق السنة ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ، ولأنهما مالان يكمل نصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر فيكمل نصاب أحدهما بالآخر كالسود مع البيض والنيسابوري من الدنانير مع الهروي.،وبيان الوصف أن نصاب كل واحد منهما يكمل بمال التجارة، وهذا لأنهما وإن كانا جنسين مختلفين صورة ففي حكم الزكاة هما جنس واحد حتى يتفق الواجب فيهما فيتقدر بربع العشر على كل حال، ووجوب الزكاة فيهما باعتبار معنى واحد وهو المالية القائمة باعتبار أصلهما، فإذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما إلى الآخر اختلفت الرواية فيما يؤدي فروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يؤدي من مائة درهم درهمين ونصفا ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، ووجهه أنه أقرب إلى المعادلة والنظر من الجانبين، وعن أبي يوسف في رواية أخرى أنه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدي الزكاة من نوع واحد، وهذا أقرب إلى موافقة نصوص الزكاة. ثم اختلفوا في كيفية الضم فقال أبو حنيفة: يضم أحدهما إلى الآخر باعتبار القيمة، وقال أبو يوسف ومحمد: باعتبار الأجزاء، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، ذكره في نوادر هشام. وبيان ذلك أنه إذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تساوي مائة درهم أو خمسون درهمًا وعشرة مثاقيل ذهب تساوي مائة وخمسين درهمًا، فعند أبي حنيفة يضم أحدهما إلى الآخر وتجب الزكاة، وعندهما يضم باعتبار الأجزاء وقد ملك نصف نصاب أحدهما وربع نصاب الآخر فلا يجب فيهما شيء. ثم إن عند أبي حنيفة يعتبر في التقويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روي عنه أنه إذا كان الرجل مائة وخمسة وتسعون درهمًا ودينار يساوي خمسة دراهم أنه تجب الزكاة، وذلك أن يقوم الذهب

الدرهم والعشرين المثقال من شيء فبحساب ذلك ما كان من قليل أو كثير. وبهذا نأخذ في الزيادة[١]. وقال أبو حنيفة ﷺ ليس فيما زاد على المائتين شيء حتى يبلغ أربعين درهما[٢]. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب ﷺ [٣]. وقال أبو يوسف ﷺ لا يقوم الذهب ولا الفضة إنما الزكاة على وزنه، جاءت بذلك السنة، إن كان له منها خمسة عشر مثقالا ذهبًا لم يكن عليه فيها زكاة ولو كان قيمتها ألف درهم، لأن الحديث إنما جاء في عشرين مثقالا. ولو كان له مع ذلك أربعون درهمًا لم يزكه حتى يكون خمسين درهمًا، فإذا كمل من الأخرى أوجبت فيه الزكاة. وكذلك لو كان نصف من هذا ونصف من هذا ففيه الزكاة فيضيف بعضه إلى بعض ويخرجه دراهم أو دنانير، وإن شاء زكى الذهب والفضة بحصتهما أي ذلك فعل أجزأه. ولو كان له مائتا درهم وعشرة مثاقيل زكى المائتى الدرهم بخمسة دراهم وزكى العشرة المثاقيل بربع مثقال.

قال: ولو أن رجلا له مائتا درهم وعشرة مثاقيل ذهبًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان

=

بالفضة. إلى أن قال محتجًا للإمام: أبو حنيفة يقول: هما عينان وجب ضم أحدهما إلى الآخر لإيجاب الزكاة فكان الضم باعتبار القيمة كعروض التجارة، وهذا لأن كمال النصاب لا يكون إلا عند اتحاد الجنس وذلك لا يكون إلا باعتبار صفة المالية دون العين، فإن الأموال أجناس باعتبار أعيانها، جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها إلخ.

(١) وبه قال محمد وهو قول علي وابن عمر وإبراهيم النخعي رضي الله عنهم. وقال طاوس: لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ مائتي درهم، ويجب في كل مائتي درهم خمسة دراهم. واحتجوا بحديث علي بن أبي طالب ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «في مائتي درهم خمسة دراهم وما زاد فبحساب ذلك». واحتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ قال: «وفي كل مائتي درهم خمسة دراهم وفي كل أربعين درهمًا درهم» ولم يرد به في الابتداء فعلم أن المراد به بعد المائتين. وفي حديث معاذ أن النبي ﷺ قال له: «لا تأخذ من الكسور شيئًا وفي مائتي درهم خمسة دراهم فما زاد على ذلك ففي كل أربعين درهما درهم» وقاس بالسوائم ففيها وقص بعد النصاب الأول، وكذلك في النقود بعلة أن الزكاة واجبة في الكل على وجه يحصل به النظر للفقراء وأرباب الأموال. وحديث علي ﷺ لم ينقله أحد من الثقات مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ، فالمصير إلى ما رويناه أولى –مبسوط (٣٣/١١).

(٢) وهو قول عمر ﷺ كما في المبسوط (٣٣/١١).

(٣) وفي الجوهر النقي: وروينا من طريق ابن أبي شيبة عن عبدالرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول عن الحسن البصري قال: كتب عمر إلى أبي موسى: فما زاد على المائتين ففي كل أربعين درهما درهم. قال: وأخرجه الطحاوي في أحكام القرآن (٣٥٧/٤) من وجه آخر عن أنس عن عمر نحوه قال: وروى ابن أبي شيبة (٣٥٥/٢) بسند صحيح عن محمد الباقر رفعه: «إذا بلغت خمس أواق ففيها خمسة دراهم وفي كل أربعين درهما درهم».

يقول: إذا حال عليها الحول يضيف بعضه إلى بعض ويزكيه كله. وقال ابن أبي ليلى: هذان مالان مختلفان تجب الزكاة على الدراهم ولا تجب على الذهب. وقال أبو يوسف: فيه الزكاة كله، ألا ترى أن التاجر يكون له المتاع للتجارة وهو مختلف فيقومه ويضيف بعضه إلى بعض ويزكيه؟ وكذلك الذهب والفضة. وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه أمر رجلا تاجرًا أن يقوم تجارته عند الحول فيزكيها [١].

---

(١) رواه أبو عبيد في الأموال عن يحيى بن سعيد وأبي معاوية ويزيد أي ابن هارون عن يحيى بن سعيد عن عبدالله بن أبي سلمة عن أبي عمرو بن حماس عن أبيه قال: «مر بي عمر فقال: يا حماس أد زكاة مالك، فقلت: ما لي مال إلا جعاب وأدم فقال: قومها قيمة ثم أد زكاتها» وأخرجه الشافعي وأحمد وعبدالرزاق وابن أبي شيبة وسعيد بن منصور والبيهقي والدارقطني عنه ﷺ.
. رواه الدارمي (١/٤٦٧).

باب الصيام

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا اكتحل الرجل في شهر رمضان أو غير رمضان وهو صائم، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا بأس بذلك. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يكره ذلك (١) ويكره أن يدهن شاربه بدهن يجد طعمه وهو صائم.

قال: وإذا صام الرجل يومًا من شهر رمضان فشك أنه من شهر رمضان ثم علم بعد ذلك أنه من رمضان، فإن أبا حنيفة ﷺ قال: يجزيه. وبه نأخذ(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجزيه ذلك وعليه قضاء يوم مكانه.

---

(١) وفي المبسوط ج٣ ص٦٧: والاكتحال لا يضر الصائم وإن وجد طعمه في حلقه. وكان إبراهيم يكره للصائم أن يكتحل، وابن أبي ليلى كان يقول: إن وجد طعمه في حلقه فطره لوصول الكحل إلى باطنه. ولنا حديث أبي رافع «أن النبي ﷺ دعا بمكحلة إثمد في رمضان فاكتحل وهو صائم». وعن ابن مسعود قال: «خرج رسول الله ﷺ يوم عاشوراء من بيت أم سلمة وعيناه مملوءتان كحلا كحلته أم سلمة». وصوم يوم عاشوراء في ذلك الوقت كان فرضا ثم صار منسوخا، ثم ما وجد من الطعم في حلقه أثر الكحل لا عينه كمن ذاق شيئًا من الأدوية المرة يجد طعمه في حلقه فهو قياس الغبار والدخان، وإن وصل عين الكحل إلى باطنه فذلك من قبل المسام لا من قبل المسالك إذ ليس من العين إلى الحلق مسلك، فهو نظير الصائم يشرع في الماء فيجد برودة الماء في كبده وذلك لا يضره. وعلى هذا إذا دهن الصائم شاربه. فأما السعوط والوجور يفطره لوصوله إلى أحد الجوفين إما الدماغ أو الجوف، والفطر مما يدخل. ولا كفارة عليه لأن معنى الجناية لا يتم به، فإن اقتضاء الشهوة لا يحصل به إلا في رواية هشام عن أبي يوسف أن عليه الكفارة إذا لم يكن به عذر.

(٢) قال في المبسوط ج٣ ص٦٠: ولنا حديث علي وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يصومان يوم الشك، وكانا يقولان: لأن نصوم يومًا من شعبان أحب إلينا أن نفطر يومًا من رمضان، وإنما كانا يصومان بنية النفل، لإجماعنا على أنه لا يباح صوم يوم الشك بنية الفرض فلولا أن عند التبين يجوز الصوم عن الفرض لم يكن لهذا التحرز منها معنى.

وقال في ص ٦٣: رجل أصبح صائما في رمضان قبل أن يتبين أنه من رمضان ثم تبين أنه منه فصومه جائز وقد أساء حين تقدم الناس، ومراده في هذا يوم الشك، ومعنى الشك أن يستوي طرف العلم وطرف الجهل بالشيء، وإنما يقع الشك من وجهين:

إما إن غم هلال شعبان فوقع الشك أنه اليوم الثلاثون منه أو الحادي والثلاثون أدغم هلال رمضان فوقع الشك في اليوم الثلاثين أنه من شعبان أو من رمضان، ولا خلاف أنه يكره الصوم فيه بنية الفرض لقوله ﷺ: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين» ولأنه حين نوى الفرض فقد اعتقد الفريضة فيما ليس بفرض وذلك كاعتقاد النفلية فيما هو فرض، ولكن مع هذا إذا تبين أن اليوم من رمضان فصومه تام، لأن النهي ليس لعين الصوم فلا يؤثر فيه. فأما إذا صام فيه بنية النفل فلا بأس به عندنا، وهو الأفضل.

قال: وإذا أفطرت المرأة يومًا من رمضان متعمدة ثم حاضت من آخر النهار، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس عليها كفارة وعليها القضاء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الكفارة وعليها القضاء (١).

قال: وإذا وجب على الرجل صوم شهرين من كفارة إفطار من رمضان، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ذانك الشهران متتابعان ليس له أن يصومهما إلا متتابعين. وذكر أبو حنيفة نحوًا من ذلك عن النبي ﷺ (٢). وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: ليسا بمتتابعين(٣).

---

(١) وفي المبسوط ج٣ ص٧٥: رجل جامع امرأته في يوم من رمضان ثم حاضت المرأة ومرض الرجل في ذلك اليوم، سقطت عنهما الكفارة عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا تسقط. إلى أن قال: وقال زفر: تسقط عنها بعذر الحيض ولا تسقط عنه بعذر المرض. وجه قول ابن أبي ليلى أن السبب الموجب للكفارة قد تم وهو الفطر فوجبت الكفارة دينًا في الذمة، والحيض والمرض لا ينافي بقاء الكفارة، ثم الحيض والمرض لم يصادف الصوم هنا فاعتراضهما في اليوم والليل سواء، وهو قياس السفر بعد الفطر لا يسقط الكفارة ليلا أو نهارًا. وزفر رحمه الله تعالى يفرق ويقول: الحيض ينافي الصوم وصوم يوم واحد لا يتجزى فتقرر المنافي في آخره يمكن شبهة المنافاة في أوله فأما المرض لا ينافي الصوم فلا يتمكن بالمرض في آخر النهار شبهة المنافاة في أوله للصوم. ولكنا نقول: المرض ينافي استحقاق الصوم بدليل أنه لو لم يفطر حتى مرض يباح له الفطر. والكفارة لا تجب إلا بالفطر في صوم مستحق واستحقاق الصوم في يوم واحد لا يتجزأ فتقرر المنافاة للاستحقاق في آخر النهار يمكن شبهة منافاة الاستحقاق في أوله، بخلاف السفر فإنه غير مناف للاستحقاق، حتى لو لم يفطر حتى سافر لا يباح له الفطر فلا يتمكن بالسفر في آخر النهار شبهة في أوله، بخلاف ما إذا لم يفطر حتى سافر ثم أفطر لأن سقوط الكفارة هناك باعتبار الصور المبيحة، والصور المبيحة إنما تعمل إذا اقترنت بالسبب، ولا إسناد في الصوم، إنما ذلك في المعاني، ثم السفر فعله، والكفارة إنما وجبت حقًا لله تعالى فلا يسقط بفعل العبد باختياره، بخلا المرض والحيض فإنه سماوي لا صنع للعباد فيه، فإذا جاء العذر ممن له الحق سقطت به الكفارة، فإن سوفر به مكرها فقد ذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن على قول أبي يوسف ﷺ لا تسقط به الكفارة، لأن الصنع للعباد فيه، فهو قياس ما لو أكره على الأكل بعد ما أفطر، وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تسقط، لأنه لا صنع له فيه. ولا اعتماد على هذه الرواية عن زفر رحمه الله تعالى، فإن عنده بالمرض لا تسقط الكفارة فبالسفر مكرها كيف تسقط؟!.

(٢) أخرجه أبو يوسف عن الإمام عن عطاء عن سعيد بن المسيب مرسلا وكذلك أخرجه الإمام الحسن بن زياد في مسنده، وطلحة بن محمد وابن المظفر وابن خسرو عنه. وأخرجه الإمام محمد في الموطأ عن مالك والبخاري من طريق شعيب كلاهما عن الزهري عن حميد بن عبدالرحمن عن أبي هريرة مسندًا موصولا وفيه: شهرين متتابعين. والحديث هذا أخرجه الأئمة في كتبهم.

(٣) قال الإمام السرخسي في المبسوط: والصوم مقدر بالشهرين بصفة التتابع إلا على قول ابن أبي ليلى فإنه يقول: إن شاء تابع، وإن شاء فرق بالقياس على القضاء، وما روينا من الآثار حجة عليه.

قال: وإذا توضأ الرجل للصلاة المكتوبة فدخل الماء حلقه وهو صائم في رمضان ذاكرًا لصومه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: إن كان ذاكرًا لصومه حين توضأ فدخل الماء حلقه فعليه القضاء، وإن كان ناسيًا لصومه فلا قضاء عليه. وذكر ذلك أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم (١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا قضاء عليه إذا توضأ لصلاة مكتوبة، وإن كان ذاكرًا لصومه.

وقد ذكر عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا توضأ لصلاة مكتوبة وهو صائم فدخل الماء حلقه فلا شيء عليه، وإن كان توضأ لصلاة تطوع فعليه القضاء.

=

قلت: أشار إلى ما ذكر من الأحاديث التي ذكرها قبيل ذلك. منها الحديث الذي ذكرت تخريجه، ومنها ما ذكره بقوله: ولنا قول النبي ﷺ: «من أفطر في رمضان متعمدًا فعليه ما على المظاهر».
قلت: قال في الدراية: لم أجده هكذا.
وأخرجه الدارقطني (أي حديث الأعرابي) من طريق مجاهد عن أبي هريرة أن النبي ﷺ أمر الذي أفطر يومًا من رمضان بكفارة الظهار إلخ.

(١) وأخرجه عنه من طريق الإمام في آثاره أيضًا. وأخرجه الإمام محمد أيضًا في آثاره عنه. قال محمد: وبه نأخذ إن كان ذاكرًا لصومه، فإذا كان ناسيًا لصومه فلا قضاء عليه، وهو قول أبي حنيفة.
قلت: قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج٣ ص٦٦: ولنا ما روي أن النبي ﷺ قال للقيط بن صبرة: «بالغ في المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائمًا» فالنهي عن المبالغة التي فيها كمال السنة عند الصوم دليل على أن دخول الماء في حلقه مفسد لصومه، ولأن ركن الصوم قد انعدم مع عذر الخطأ، وأداء العبادة بدون ركنها لا يتصور، وهكذا القياس في الناسي، لكنا تركناه بالسنة وهذا ليس في معناه، لأن التحرز عن النسيان غير ممكن والتحرز عن مثل هذا الخطأ ممكن. ثم ركن الصوم قد انعدم معنى، فإن الذي حصل له وإن كان مخطئًا قد انعدم صورة لا معنى بأن يتناول حصاة فسد صومه، فإذا انعدم معنى أولى، لأن مراعاة المعاني في باب العبادات أبين من مراعاة الصور. وكان ابن أبي ليلى يقول: إن كان وضوؤه فرضًا لم يفسد صومه، وإن كان نفلا فسد صومه لهذا.
وقال بعض أهل الحديث: إن كان في الثلاث لا يفسد صومه، وإن جاوز الثلاث يفسد صومه، ومنهم من فصل بين المضمضة والاستنشاق في الوضوء والجنابة والاعتماد على ما ذكرنا. وتأويل الحديث (عني به «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان. وما استكرهوا عليه» كما ذكره قبل هذا الاستدلال) أن المراد رفع الإثم دون الحكم وبه نقول. قلت: حديث لقيط بن صبرة أخرجه البيهقي من طريق سفيان عن إسماعيل بن كثير عن عاصم بن لقيط بن صبرة عن أبيه.

باب في الحج

قال أبو يوسف: وكان أبو حنيفة ﷺ يقول: لا تشعر البدن ويقول: الإشعار مثلة(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: الإشعار في السنام من الجانب الأيسر. وبه نأخذ.

قال: وإذا أهل الرجل بعمرة فأفسدها فقدم مكة وقضاها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يجزيه أن يقضيها من التنعيم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجزيه أن يقضيها إلا من ميقات بلاده (٢).

قال: وإذا أصاب الرجل من صيد البحر شيئًا سوى السمك، فإن أبا حنيفة ﷺ

---

(١) وفي مبسوط السرخسي ج٤ ص١٣٨: وأما الإشعار فهو مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما هو حسن في البدنة وإن ترك لم يضره. وصفة الإشعار هو أن يضرب بالمبضع في أحد جانبي سنام البدنة حتى يخرج الدم منه ثم يلطخ بذلك الدم سنامه. سمي ذلك إشعارًا بمعنى أنه جعل ذلك علامة له.

والإشعار: هو الإعلام. وكان ابن أبي ليلى يقول: الإشعار في الجانب الأيسر من السنام. وقد صح في الحديث أن النبي ﷺ أشعر البدن بيده. وهو مروي عن الصحابة ظاهر حتى قال الطحاوي: ما كره أبو حنيفة أصل الإشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الآثار؟! وإنما كره إشعار أهل زمانه، لأنه رآهم يستقصون ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصًا في حر الحجاز فرأى الصواب في سد هذا الباب على العامة، لأنهم لا يراعون الحد. فأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك. ثم حجتهما من حيث المعنى، لأن المقصود من الإشعار والتقليد إعلام بأنها بدنة حتى إذا ضلت ردت، وإذا وردت الماء والعلف لم تمنع، لكن هذا المقصود بالتقليد لا يتم لأن القلادة تحل ويحتمل أن تسقط منه فإنما يتم بالإشعار لأنه لا يفارقه فكأن الإشعار حسنًا لهذا. وأبو حنيفة يقول: معنى الإعلام بالتقليد يحصل، وهو لإكرام البدنة، وليس في الإشعار معنى الإكرام، بل ذلك يؤذي البدنة، ولأن التجليل مندوب إليه، وإنما كان مندوبًا لدفع أذى الذباب، والإشعار من جوالب الذباب فلهذا كرهه أبو حنيفة ﷺ.

(٢) قال السرخسي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى من مبسوطه محتجًا لابن أبي ليلى: لأنه إنما يقضي ما فاته فعليه أن يقضيها كما فاته. ثم القضاء بصفة الأداء، فإذا كان هو في أداء هذه العمرة إنما أحرم لها من الميقات فكذلك في القضاء، ولكنا نستدل بحديث عائشة رضي الله عنها، فإنها لما حاضت بسرف بعد ما أحرمت قال لها رسول الله ﷺ: «ارفضي عمرتك واصنعي جميع ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت» ثم أمر أخاها عبدالرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما أن يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التي فاتتها، ولأن ما يلزمه بالشروع معتبر بما يلزمه بالنذر. ومن نذر عمرة فأداها من التنعيم خرج عن موجب نذره، ولأنه وصل إلى مكة بالإحرام الفاسد فيجعل كما لو وصل إليها بإحرام صحيح، فكما أن هناك يكون هو بمنزلة أهل مكة في الإحرام في الحج والعمرة الواجب وغير الواجب في ذلك سواء، فكذلك هنا هو بمنزلة أهل مكة في حكم قضاء هذه العمرة.

كان يقول: لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك، وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا بأس بصيد البحر كله [١].

وقال أبو يوسف رحمه الله: سألت أبا حنيفة ﷺ عن حشيش الحرم فقال: أكره أن يرعى من حشيش الحرم شيئًا أو يحتش [٢] منه. قال: وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: لا بأس أن يحتش من الحرم ويرعى منه [٣]. قال: وسألت الحجاج بن أرطاة فأخبرني أنه سأل عطاء بن أبي رباح فقال: لا بأس أن يرعى وكره أن يحتش. وبه نأخذ. قال أبو

---

(١) قال السرخسي: والذي يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما طير البحر لا يرخص فيه للمحرم، ويجب الجزاء بقتله. وهذا لأن الله تعالى أباح صيد البحر مطلقًا بقوله عز وجل: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ الآية. فالمحرم والحلال فيه سواء، ولأن المحرم بالنص قتل الصيد على المحرم والقتل في صيد البحر لا يتحقق، ولأن صيد البحر ما يكون بحري الأصل والمعاش كالسمك، فأما الطير فهو بري الأصل بحري المعاش، لأن توالده يكون في البر دون الماء فيكون من صيد البر، ألا ترى أن ما يكون مائي الأصل وإن كان قد يعيش في البر كالضفدع جعل مائيًا باعتبار أصله. حتى لا يجب على المحرم بقتله شيء. فكذلك ما يكون بري الأصل لا يرخص للمحرم فيه. قال ابن الهمام في الفتح: واختلف في أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط؟ ففي المحيط: كل ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم اهـ. قال بعضهم: كالسمك والضفدع والسرطان وكلب الماء. وفي مناسك الكرماني: الذي يرخص من صيد البحر هو السمك خاصة، والأصح هو الأول، لأن قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ يتناول بحقيقته عموم ما في البحر. وفي البدائع: أما صيد البحر فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعًا مأكولا أو غير مأكول، واستدل بالآية، وأما ما في الأصل من قوله: والذي رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما الطير فلا يرخص فيه للمحرم، فقد شرحه في المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة وأن المراد ما يقابل المائي بالسمك، فالضفدع جعله شمس الأئمة في المبسوط من صيد البحر مطلقًا، وكذا قاضيخان. قلت: نص الإمام بقوله: «لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك» يأبى تأويلهم بما يفيد تعميم الإباحة بل المفهوم منه المصرح تخصيص الإباحة بالسمك. فالصحيح قول الكرماني دون ما في المحيط، والله أعلم.

(٢) في المغرب: وحششت الحشيش: قطعته. واحتششته: جمعته – عن الجوهري.

(٣) وفي المبسوط ج٤ ص١٠٤ : وكما لا يرخص في قطع الحشيش في الحرم بالمنجل فكذلك لا يرخص في رعي الدواب في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالرعي، لأن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ولا يمكنهم منع الدواب من رعي الحشيش ففي ذلك من الحرج مالا يخفى فيرخص فيه لدفع الحرج. وعلى قول ابن أبي ليلى لا بأس بأن يحتش ويرعى لأجل البلوى والضرورة فيه. فإنه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم، ولكن أبو حنيفة ومحمد استدلا بقوله ﷺ: «لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها» وفي الاحتشاش ارتكاب النهي، وكذلك في رعي الدواب لأن مشافر الدواب كالمناجل. وإنما نعتبر البلوى فيما ليس فيه نص بخلافه، فأما مع وجود النص لا معتبر به.

يوسف رحمه الله: سألت أبا حنيفة ﷺ [١] قال: لا بأس أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل. وبه نأخذ[٢]. قال: وسمعت ابن أبي ليلى يحدث عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنهما كرها أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل شيئًا. وحدثنا شيخ عن رزين[٣] مولى علي بن عبدالله بن عباس [٤] أن علي بن عبد الله كتب إليه أن يبعث إليه بقطعة من المروة[٥] يتخذها مصلى يسجد عليها [٦]. قال: وإذا أصاب الرجل حمامًا من حمام الحرم، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: عليه قيمته. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه شاة. وسمعت ابن أبي ليلى يقول في حمام الحرم عن عطاء بن أبي رباح شاة [٧].

---

(١) كذا في الأصل ولعل بعض العبارة سقط من الأصل نحو قوله عن إخراج تراب الحرم أو نحوه، والله أعلم.

(٢) قال الإمام السرخسي محتجًا لأئمتنا: ولكنا نقول: ما جاز الانتفاع به في الحرم يجوز إخراجه من الحرم كالنبات، وما لا يجوز إخراجه من الحرم لا يجوز الانتفاع به في الحرم كالصيد، وبالإجماع له أن ينتفع بالحجارة والتراب في الحرم، فيكون له أيضًا إخراج ذلك من الحرم. وما روي عن عمر (كذا) وابن عباس شاذ فقد ظهر عمل الناس بخلافه، فإنهم تعارفوا إخراج القدور من الحرم من غير نكير منكر، وإخراج التراب الذي يجمعونه من كنس سطح البيت ونحو ذلك ويتبركون بذلك، وكل أثر شاذ يكون عمل الناس ظاهرًا بخلافه فإنه لا يكون حجة.

(٣) لم أجده في الكتب الموجودة عندي.

(٤) علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي أو محمد المدني. روى عن أبيه وأبي هريرة. وعنه بنوه محمد وعيسى وداود وسليمان وغيرهم. قال ابن سعد: ثقة، قليل الحديث، أجمل من على وجه الأرض. ولد سنة أربعين، كان يسجد كل يوم ألف سجدة. مات سنة ١١٧.

(٥) في المغرب: المروة حجر أبيض رقيق يجعل منه المظار وهي كالسكاكين ليذبح بها.

(٦) ضمير المؤنث، وكان في الأصل عليه بتذكير الضمير وليس بصواب إلا أن يكون بتأويل الحجر.

(٧) وهو قول محمد أيضًا. وفي المبسوط ج٤ ص٨٣: وأبو حنيفة وأبو يوسف أخذا بقول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه فسر المثل بالقيمة. والمعنى الفقهي يشهد له، فإن الحيوان لا مثل له من جنسه، ألا ترى أن في حق حقوق العباد يكون الحيوان مضمونًا بالقيمة دون المثل فكذلك في حقوق الله تعالى، وكما أن المثل منصوص عليه هنا فكذلك في حقوق العباد في قوله تعالى ﴿ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ يوضحه أن المماثلة بين الشيئين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند اختلاف الجنس، فإذا لم تكن النعامة مثلا للنعامة كيف تكون البدنة مثلا للنعامة والمثل من الأسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له، ثم لا تكون النعامة مثلا للبدنة عند الإتلاف، فكذلك لا تكون البدنة مثلا للنعامة، وإذا تعذر اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة. فأما قوله: ﴿ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ فقد قيل: فيه تقديم وتأخير ومعناه فجزاء مثل ما قتل يحكم به ذوا عدل منكم من النعم هديًا بالغ الكعبة. إلى أن

قال: وسئل أبو حنيفة عن المحرم يصيب الصيد فيحكم عليه فيه عناق أو جفرة أو شبه ذلك فقال: لا يجزئ في هدي الصيد إلا ما يجزئ في هدي المتعة: الجذع من الضأن إذا كان عظيمًا أو الثني من المعز والبقر والإبل فما فوق ذلك لا يجزئ ما دون[1] ذلك، ألا ترى إلى قول الله عز وجل في كتابه في جزاء الصيد: ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: يبعث به وإن كان عناقًا أو حملا. قال أبو يوسف: آخذ بالأثر في العناق والجفرة. وقال أبو حنيفة ﷺ: في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ[2].

=

قال: وإيجاب الصحابة لهذه النظائر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة، إلا أنهم كانـــوا أرباب المواشي فكان ذلك أيسر عليهم من النقود، وهو نظير ما قـــال علي ﷺ في ولد المغرور: «ويفك الغلام بالغلام، والجارية بالجارية» المراد القيمة. والاختلاف في هذه المسألة في فصول: أحدها ما بينا، والثاني أن الذي أتى الحكمين يقوم الصيد فإذا ظهرت قيمته فالخيار إلى المحرم بين التكفير بالهدي والإطعام والصيام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد الخيار إلى الحكمين، فإذا عينا نوعًا عليه يلزمه التكفير به بعينه. والتفصيل في المبسوط فمن شاء زيادة التفصيل فليراجعه.

(١) وفي المبسوط ج٤ ص٩٣ ولأن الواجب بالنص هنا الهدي قال الله تعالى: ﴿ بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ فهو بمنزلة هدي المتعة والقران فكما لا يجزئ الحمل والعناق في هدي المتعة والقران لا يجزئ هنا (أي في هدي الجزاء) وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى جوزوا ذلك في جزاء الصيد استحسانًا بالآثار التي جاءت به، فإن الصحابة قالوا: في الأرنب عناق وفي اليربوع جفرة، ولأن الرجل قد يسمي الدراهم والثوب هديًا. ألا ترى أن الرجل لو قال: لله علي أن أهدي هذه الدراهم، يلزمه أن يفعل ذلك فالحمل والعناق أولى في ذلك ولا يستقيم قياسه على المتعة لأنه قياس المنصوص بالمنصوص، ولأن الهدي قد يكون عناقًا وفصيلا وجديًا، ألا ترى أنه لو أهدى ناقة فنتجت كان ولدها هديًا معها ينحر؟ ولو كان غير هدي لكان يتصدق به كذلك قبل النحر، ولـــكن أبو حنيفة يقول: أجوزه هديًا تبعا لا مقصودًا كما لا يجوز التضحية تبعًا لا مقصودًا إذا نتجت الأضحية.

(٢) كذا في الأصل: في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ. والصواب حذف وبه نأخذ، لأن أبا يوسف يخالفه في العناق والجفرة كما قال قبيل ذلك، وإنما يوافقه في الذي لم تبلغ قيمته عناقًا ولا جفرة. والمراد من القيمة تكفيره بالإطعام أو الصيام. قال في المبسوط (ج٤ ص٩٣): فإذا بلغت قيمة شيء من هذه الحيوانات حملا أو عناقًا لم يجزه الحمل ولا العناق من الهدي في قول أبي حنيفة وأدنى ما يجزئ في ذلك الجذع العظيم من الضأن أو الثنى من غيرها، فإن كان الواجب دون ذلك كفر بالإطعام أو الصيام، وجعل هذا قياس الأضحية فكما لا يجزئ هناك التقرب بإراقة دم الحمل والعناق مقصودًا فكذلك هنا.

وذكر[1] عن خصيف الجزري[2] عن أبي عبيدة[3] عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: في بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه. وحدثنا داود بن أبي هند[4] عن عامر مثله. وسمعت ابن أبي ليلى يقول عن عطاء بن أبي رباح: في البيضة درهم. وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: قيمتها[5].

باب الديات

قال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه: وإذا قتل الرجل الرجل عمدًا وللمقتول ورثة صغار وكبار، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: للكبار أن يقتلوا صاحبهم إن شاءوا[6]. وكان ابن أبي ليلى

(١) قوله وذكر عن خصيف أي حدث أبو يوسف عن خصيف الجزري ورواه في آثاره أيضًا عنه. ورواه طلحة بن محمد من طريق عبيدالله بن موسى وأبي يوسف وابن خسرو من طريق ابن زياد عن الإمام أبي حنيفة عن خصيف — الحديث. قلت: رواه البيهقي عن أبي خيثمة عن خصيف، ومن طريق الشافعي عن سعيد عن سعيد بن بشير عن قتادة عن أبي عبيدة — الحديث، ورواه مرفوعًا أيضًا عن أبي هريرة وغيره.

(٢) هو خصيف بن عبدالرحمن الحضرمي بكسر المعجمة الأولى، الأموي مولاهم، أبو عمرو الحراني الجزري. روى عن مجاهد وعكرمة وأبي عبيدة بن عبدالله، وعنه ابن إسحاق والسفيانان، وخلق. روى له الأربعة. ضعفه أحمد. ووثقه ابن معين وأبو زرعة. قال ابن عدي: إذا حدث عن ثقة فلا بأس به. توفي سنة ١٣٦ وقيل ٣٧.

(٣) هو عامر بن عبدالله بن مسعود الهذلي، أبو عبيدة الكوفي. روى عن أبيه في السنن الأربعة. قال عمرو بن مرة: سألته هل تذكر عن عبدالله شيئًا؟ قال: لا. وروى عن أبي موسى وكعب بن عجرة، وعنه إبراهيم النخعي ومجاهد ونافع بن جبير. فقد ليلة دجيل سنة إحدى وثمانين. قلت: روى له الستة.

(٤) هو داود بن أبي هند القشيري مولاهم، أبو بكر المصري أحد الأعلام. روى عن ابن المسيب وأبي العالية والشعبي وعاصم الأحول وأبي عثمان النهدي وخلق، وعنه يحيى بن سعيد قرينه وقتادة كذلك وشعبة والثوري وحماد بن سلمة وخلق. روى له الخمسة والبخاري تعليقًا. وثقه أحمد والعجلي وأبو حاتم والنسائي. مات سنة تسع وثلاثين ومائة، وقيل أربعين.

(٥) وفي المبسوط ج٤ ص٩٣: وفي بيض النعامة على المحرم قيمته. وفي الكتاب أي كتاب الأصل رواه عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما أوجبا في بيض النعامة القيمة. قلت: حديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة والبيهقي. وحديث عمر رواه ابن أبي شيبة عن إبراهيم عنه منقطعًا.

(٦) قلت: وهو قول مالك أيضًا. قال في المبسوط ج٢٦ ص١٧٤ : وأبو حنيفة استدل بما روي أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل عليًا رضي الله عنه قتله الحسن رضي الله عنه به قصاصًا وقد كان في أولاد عليّ صغار ولم ينتظر بلوغهم وإنما فعل ذلك بأمر علي على ما روي أنه لما بلغه أن ابن ملجم أخذ قال للحسن: إن عشت رأيت فيه رأيي وإن مت فاقتله إن شئت. قال: واضربه ضربة كما ضربني. وفي رواية: وإياك والمثلة فقد نهى رسول الله ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور. ولا يقال: إنما قتله لأنه كان مرتدًا مستحلا لقتله إمام المسلمين على ما روي أنه قتله وهو يتلو قوله تعالى: ﴿ وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْرِى نَفْسَهُ ٱبْتِغَآءَ مَرْضَاتِ ٱللَّهِ ﴾ لأنه وإن كان إمام المسلمين وكان قتله ذنبًا عظيمًا فلا يصير به القاتل مرتدًا إنما ذلك للأنبياء خاصة واستحلاله كان بالتأويل فإنه كان من جملة أهل البغي وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم، ألا ترى أنه علقه عتبة فقال: اقتله

يقول: ليس لهم أن يقتلوا حتى يكبر الأصاغر. وبه نأخذ [١].

حدثنا أبو يوسف عن رجل عن أبي جعفر أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم بعلي [٢] وقال أبو يوسف: وكان لعلي أولاد صغار.

قال: وإذا اقتتل القوم فانجلوا[٣] عن قتيل لم يدر أيهم أصابه، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: هو على عاقلة القبيلة التي وجد فيها إذا لم يدع ذلك أولياء القتيل على غيرهم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو على عاقلة الذين اقتتلوا جميعًا إلا أن يدعي أولياء القتيل على غير أولئك. وبهذا نأخذ [٤].

قال: وإذا أصيب الرجل وبه جراحة فاحتمل فلم يزل مريضًا حتى مات، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: ديته على تلك القبيلة التي أصيب فيهم. قال محمد: وبه نأخذ [٥].

= إن شئت وأخره إلى ما بعد موته؟ ولو كان مرتدًا لما أخر علي قتله. ولا يقال: قتله حدا لسعيه في الأرض بالفساد حتى قتل إمام المسلمين، لأن الساعي بالفساد بقتل الإمام لا يقتل قصاصًا. ألا ترى أنه اعتبر المماثلة بقوله: «فاضربه كما ضربني» وقد ذكر المزني عن الشافعي قال: قتل ابن ملجم عليًا متأولا فأقيد به فدل أنه قتل قصاصًا إلخ. والتفصيل في المبسوط فإنه أطال وأجاد.

(١) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضًا. أفاده السرخسي.

(٢) وأخرجه البيهقي من طريق الشافعي عن أبي يوسف هكذا. وأخرجه في باب الرجل يقتل واحدًا من المسلمين على التأويل من طريق الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليًا قال في ابن ملجم بعد ما ضربه: «أطعموه واسقوه، وأحسنوا إساره. فإن عشت فأنا ولي دمي أعفو إن شئت، وإن شئت استقدت، وإن مت فقتلتموه فلا تمثلوا»* وذكر في الاستيعاب قصته بالاستيعاب.

(٣) في المبسوط: وأجلوا عن قتيل مكان انجلوا. وفي المغرب: وأجلوا عن قتيل انكشفوا عنه وانفرجوا.

(٤) وفي المبسوط: وأما إذا أجلوا عن قتيل ولا يعلم أيهم أصابه، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد على عاقلة القبيلة الذين اقتتلوا جميعًا، وإليه رجع أبو يوسف. ذكرنا هنا قوله. وقد بينا المسألة في الديات.

(٥) وفي المبسوط ج٢٦ ص١١٨: فإن كان صحيحًا يجيء ويذهب فلا شيء فيه. قال: وجه قولنا أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت يجعل كالميت، ألا ترى أن في حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته؟ فكذلك في حكم القسامة والدية يجعل كأنه مات حين جرح في ذلك الموضع، فأما إذا كان صحيحًا يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في حكم القسامة والدية. وعلى هذا الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين فإن كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذي يحمله، كما لو مات على ظهره، وإن كان يذهب ويجيء فلا شيء على من حمله. وفي قول ابن أبي ليلى لا شيء في الوجهين.

---

* رواه الشافعي في مسنده (ص٣١٣)، والبيهقي (٨/٥٦، ١٨٣).

وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس عليهم شيء. وكان أبو حنيفة ﷺ يقول: القصاص لكل وارث. وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يجعل لكل وارث قصاصًا إلا الزوج والمرأة.

قال: وإذا وجد القتيل في قبيلة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: القسامة على أهل الخطة والعقل عليهم وليس على السكان ولا على المشترين شيء. وبه نأخذ (٢). ثم قال أبو

---

(١) قال السرخسي في المبسوط ج٢٦ ص١٥٧: وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لأن سبب استحقاقهما العقد، والقصاص لا يستحق بالعقد، ألا ترى أن حق الموصي له لا يثبت في القصاص؟ وهذا لأن المقصود في القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضًا. وحجتنا في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقًا فلورثته» والقصاص حقه، لأنه بدل نفسه فيكون ميراثًا لجميع ورثته كالدية، والدليل عليه أن استحقاق الإرث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد، وبه فارق الوصية. وبهذا تبين أن الاستحقاق ليس بالعقد.

(٢) وفي المبسوط ج٢٦ ص١١٢ : وإذا وجد القتيل في قبيلة بالكوفة وفيها سكان وفيها من قد اشترى من دورهم فالقسامة والدية على أهل الخطة دون السكان والمشترين. وهذه فصول: أحدها أنه ما بقي في المحلة أحد من أصحاب الخطة فليس على المشترين من ذلك شيء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف وهو قول ابن أبي ليلى: المشترون في ذلك كأصحاب الخطة، لأنهم قاموا مقام البائع، ولأنهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الخطة، وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب لذلك كاستحقاق الشفعة، ألا ترى أن القتيل الموجود في دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشتريًا أو صاحب خطة؟ فكذلك في القتيل الموجود في المحلة، وأبو حنيفة ومحمد قالا: صاحب الخطة أخص بتدبير المحلة من المشترين، ألا ترى أن المحلة تنسب إلى أصحاب الخطة دون المشترين وأن المشترين قلما يزاحمون أهل الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة؟ فكان صاحب الخطة أخص بحكم القسامة والدية من المشترين أيضًا، بمنزلة صاحب الدار في القتيل الموجود في داره مع أهل المحلة لما كان هو أخص بالتدبير في داره كان موجب ذلك عليه. ثم المشترون أتباع لأصحاب الخطة، وما بقي شيء من الأصل يكون الحكم له دون التبع. وقيل إنما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك، فأما إذا لم يبق من أصحاب الخطة أحد وفيها سكان ومشترون فهي عليهم. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن رسول الله ﷺ قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكانًا، ألا ترى أن عمر ﷺ أجلاهم منها إلى الشام؟ وجه قول أبي حنيفة محمد رضي الله عنهما أن التدبير في أهل المحلة إلى أصحاب الملك دون السكان، لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك. والدليل عليه أن ما يبنى من الغنم شرعًا على القرب يختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشفعة، فكذلك ما يكون من الغرم شرعًا. ولا حجة في حديث خيبر فإنهم كانوا ملاكًا قد أقرهم رسول الله ﷺ ولكنه استثنى بقوله: أقركم ما أقركم الله، فلهذا أجلاهم عمر ﷺ، وما وظف عليهم كان بطريق الخراج. إلا أن يقال تملك عليهم الأراضي، وقد بينا هذا في المزارعة.

يوسف بعد: على المشترين والسكان وأهل الخطة. وكان ابن أبي ليلى يقول: الدية على السكان والمشترين معهم وأهل الخطة وكذلك إذا وجد في الدار فهو على أهل القبيلة قبيلة تلك الدار والسكان الذين فيها في قول ابن أبي ليلى. وكان أبو حنيفة [illegible] يقول: على عاقلة أرباب الدور خاصة وإن كانوا مشترين. وأما السكان فلا. وبهذا نأخذ [1] ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى. وقول أبي حنيفة المعروف: ما بقي من أهل الخطة رجل فليس على المشتري شيء.

قال: وإذا قطع رجل يد امرأة أو امرأة يد رجل، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس في هذا قصاص، ولا قصاص فيما بين الرجال والنساء فيما دون النفس [2] ولا فيما بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس، ولا قصاص بين الصبيان في النفس ولا غيرها. وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: القصاص بينهم في ذلك وفي جميع الجراحات التي يستطيع فيها القصاص.

قال: وإذا قتل الرجل رجلا بعصا أو بحجر فضربه ضربات حتى مات من ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا قصاص بينهما. وكان ابن أبي ليلى يقول: بينهما القصاص. وبه نأخذ [3].

---

(١) قال السرخسي في مبسوطه ج٢٦ ص١١٣: ولو وجد القتيل في دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الخطة فأهل الخطة براء من ذلك والقسامة على صاحب الدار، وعلى قومه الدية، لأن التدبير في حفظ الملك الخاص إلى المالك دون أصحاب الخطة من أهل المحلة، والقتيل السوجود في ملك خاص يجعل كأن صاحب الملك هو القاتل له في حكم القسامة والدية، فلهذا كانت القسامة عليه والدية على عاقلته.

(٢) قال السرخسي في مبسوطه ج٢٦ ص١٣٦: ولكنا نقول: لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في المنفعة ولا في البدل. والمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تستوفى بالشلاء للتفاوت بينهما في البدل والمنفعة. ولا معنى لقولهم: إن الشلاء ميتة لا روح فيها، لأن استيفاءها في القصاص جائز وبقطعها يتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لقطعها. فعرفنا أن الحياة فيها باقية ولكن التفاوت في البدل فلا تقطع الصحيحة بها، بخلاف النفوس فالمعتبر هناك المساواة في الفعل حتى تستوفى النفس الصحيحة بالزمنة. إلى أن قال: ولا تقطع يد الحر بيد العبد عنده، وعندنا لا يجزئ القصاص بين العبيد والأحرار ولا بين العبيد فيما دون النفس لانعدام المساواة في البدل.

(٣) قلت: وهو قول محمد أيضًا. قال السرخسي: وقد بينا المسألة في الديات، إلا أن هناك يذكر أن عندهما إنما يجب القصاص في القتل بالحجر الكبير والعصا الكبير، فأما القتل بالعصا الصغير بالضرب بالموالاة لا يجب القصاص به عندنا، وإنما يجب عند الشافعي، وهنا نص على الخلاف في هذا الفصل أيضًا. وهكذا ذكره الطحاوي رحمه الله، وكأن الطحاوي إنما اعتمد هذه الرواية فيما أورده في كتابه وهو الأصح، فالمعتبر عندهما القصد إلى القتل بما لا يطيق النفس احتماله،

قال: وإذا عض الرجل يد الرجل فانتزع المعضوض يده فقلع منا من أسنان العاض، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا ضمان عليه في السن لأنه قد كان له أن ينزع يده من فيه. وبه نأخذ. وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أن رجلا عض يد رجل فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته فأبطلها رسول الله ﷺ وقال: **«أيعض أحدكم أخاه عض الفحل»** [١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو ضامن لدية السن [٢]. وهما يتفقان فيما سوى ذلك مما يجنى في الجسد سواء في الضمان.

= والعصا الصغير مع المولاة في ذلك بمنزلة العصا الكبير، قلت: وحجة الإمام ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن عبدالله بن عمرو من طريق القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عنه، وفي رواية النسائي والطحاوي عن عقبة عن رجل من الصحابة رفعه: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها»* ولفظ الطحاوي أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال في خطبته، «ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها» وعند الدارقطني عن القاسم عن عبدالله بن عمرو ليس فيه عقبة. وأخرجه أصحاب السنن وابن أبي شيبة وأحمد والشافعي وعبدالرزاق وإسحاق عن القاسم بن ربيعة عن ربيعة عن عبدالله بن عمر قال ابن القطان: هو حديث صحيح ولا يضره هذا الاختلاف فإن عقبة ثقة.

(١) أخرجه البخاري من حديث شعبة عن قتادة عن زرارة بن أوفى عن عمران بن حصين أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثنيتاه فاختصموا إلى النبي ﷺ فقال: «يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل! ولا دية له» وأخرج من طريق ابن جريج عن عطاء عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال: «خرجت في غزوة فعض رجل فانتزع ثنيته فأبطلها النبي ﷺ». قلت: والحديث معروف مخرج في كتب الحديث **.

(٢) وفي المبسوط: وإذا عض رجل يد رجل فانتزع المعضوض يده من فم العاض فقلع شيئًا من أسنانه، فعندنا لا ضمان عليه في السن، وعند ابن أبي ليلى هو ضامن من العضة (كذا) لأنه صار قالعًا سنة بنزع اليد من فمه إلا أنه معذور في ذلك وذلك لا يسقط الضمان عنه كالخاطئ والمضطر، ألا ترى أنه لو جنى على موضع آخر من جسده ليدفع به أذاه عن نفسه كان ضامنًا؟ فكذلك إذا نزع يده من فمه. ولكننا نقول: هو فيما صنع دافع للأذى غير مباشر للجناية فلا يكون ضامنًا، بمنزلة ما لو قصد قتله فدفعه عن نفسه فسقط فمات. يوضحه أن صاحب السن هو الجاني بعضه يد غيره على وجه يسقط سنه بنزع اليد. وهذا بخلاف ما إذا جنى على موضع آخر من جسده، لأن المعضوض يده هو المباشر لتلك الجناية من غير ضرورة فإنه يتمكن من دفع الأذى عن نفسه بنزع اليد من فمه، فإذا اشتغل بالجناية على جسده في محل آخر كان ضامنًا لذلك، وهنا لا يتمكن من دفع الأذى إلا بنزع اليد من فمه.

---

* رواه أبو داود (١٨٥/٤)، والبيهقي (٦٨/٨)، وانظر : نصب الراية (٣٣١/٤، ٣٥٦).

** رواه البخاري (٧٩٠/٢)، (٢٥٢٦/٦)، ومسلم (١٣٠١/٣).

قال: وإذا نفحت[١] الدابة برجلها وهي تسير، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا ضمان على صاحبها، لأنه بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**الرجل جبـــار**»[٢]. وبه نأخذ[٣]. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو ضامن في هذا لما أصابت.

قال: وكان أبو حنيفة ﷺ يقول في الرجل إذا قتل العبد: إن قيمته على عاقلة القاتل. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تعقله العاقلة. ثم رجع أبو يوسف فقال:هو مال لا تعقله العاقلة وعلى القاتل قيمته بالغا ما بلغ حالاً[٤].

(١) في المغرب: نفحته الدابة: ضربته بحد حافرها.

(٢) وأخرجه هو ومحمد في آثاريهما عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم مرسلا ولفظه: «العجماء جبار، والقليب جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس» وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن مسعود مرفوعًا مسندًا، وأخرجه الشيخان عن أبي هريرة في أثناء حديث.

(٣) قال في المبسوط ج٢٦ ص١٨٩: وإن نفحته برجلها وهي تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام: «الرجل جبار»: أي هدر. والمراد نفحة الدابة بالرجل وهي تسير، وهذا لأنه ليس في وسعه التحرز من ذلك، لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها، وكذلك النفحة بالذنب ليس في وسعه التحرز عن ذلك.

وقال ابن أبي ليلى: هو ضامن لجميع ذلك، وقاس الذي يسير على الدابة بالذي أوقف دابته في الطريق فنفحت برجلها أو يدها فكما أن هناك يجب ضمان الدية على عاقلته فكذلك هنا، ولكنا نقول في الفرق بينهما هو ممنوع من إيقاف الدابة على الطريق لأن ذلك مضر بالمارة، ولأن الطريق ما أعد لإيقاف الدواب فيه فيكون هو في شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديًا والمتعدي في التسبب يكون ضامنًا، فلهذا يسوي فيه بين ما يمكن التحرز عنه وبين ما لا يمكن وهذا لأنه إن كان لا يمكن التحرز عن النفحة بالرجل والذنب فهو يمكنه التحرز عن إيقاف الدابة، بخلاف الأول، فإن السير على الدابة في الطريق مباح له، لأن الطريق معد لذلك، ولأنه لا يضر بغيره وهو محتاج إلى ذلك فربما لا يقدر على المشي فيستعين بالسير على الدابة، وإذا لم يكن نفس السير جناية قلنا لا يلزمه ضمان ما لا يستطاع الامتناع منه، ألا ترى أن الماشي في الطريق لا يكون ضامنًا لما ليس في وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والنائم في الطريق؟

(٤) وفي المبســـوط ج٢٧ ص٢٨: وروي عـــن أبي يوســـف ومحمـــد أن العاقلة لا تعقل نفس العبد، وهو قول ابن أبي ليلى. واستدل فيه بقوله عليه السلام: «لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا»* والمراد أن نفس العبد لا تعقلها العاقلة وهـــذا لأن العبد يحل للتملك بالعقد فما يجب من الضمان بإتلافـــه يكـــون على المتلف في ماله كسائر الأموال وحجتنا في ذلك أن القيمة الواجبة بإتلاف نفـــس العـــبد بمنزلة الدية الواجبة بإتلاف نفس الحر، وذلك على العاقلة مؤجلا في ثلاث سنين، فهذا مثله، وهذا لأن معنى النفسية لا يدخل تحت القهر فلا يتناولها الملك بل العبد فيه بمنزلـــة =

* رواه ابن أبي شيبة (٤٠٥/٥)، وعبد الرزاق (٤١٠/٩)، والبيهقي (١٠٤/٨، ١٠٨)، والـــدارقطني (١٧٨/٣). وانظر : الدراية (٢٨٠/٢)، والتلخيص (٣٣/٤). ونصب الراية (٤/ ٣٧٩، ٣٩٩).

باب السرقة

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا أقر الرجل بالسرقة مرة واحدة والسرقة تساوي عشرة دراهم فصاعدًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: أقطعه، ويقول: وإن لم أقطعه جعلته عليه دينا ولا قطع في الدين. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقطعه حتى يقر مرتين. وبهذا نأخذ. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة (١).

وإن كان المسروق منه غائبًا، فإن أبا حنيفة ﷺ قال: لا أقطعه وبهذا نأخذ. وكان

=

الحر، ألا ترى أنه يتعلق القصاص بقتله عمدًا كما يتعلق بقتل الحر؟ وكذلك الكفارة في الخطأ ولا مدخل للقصاص ولا كفارة في ضمان الأموال، فعرفنا أن المال واجب ههنا بالنص بخلاف القياس، لأن المال لا يكون مثلا لما ليس بمال، وما لا يكون مملوكًا من الآدمي لا يكون مالا، وإنما وجوب المال بقوله تعالى: ﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ ﴾ إلا أن هذه الدية في حق العبد القيمة وفي حق الحر مائة من الإبل كما بينه الشرع، والدية تجب على العاقلة مؤجلة في ثلاث سنين في حالة الخطأ، وبهذا المعنى خالف النفس ما دون النفس لأن ما دون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص وتأويل الأحاديث أن العاقلة لا تعقل جناية العبد على نفس العبد. وبه نقول. ثم الواجب بالجناية على نفس المملوك قيمته، قلّت قيمته أو كثرت، غير أنها لا تزاد على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف إلا عشرة دراهم إذا كان العبد كبير القيمة في قول علمائنا رحمهم الله إلخ.

(١) وفي المبسوط ج٩ ص١٨٢ وإذا أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: لا يقطع ما لم يقر مرتين، وكذلك الخلاف في الإقرار بشرب الخمر، وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة. وحجتهما ما روي عن علي ﷺ أن رجلا أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده. وهذا لأنه حد لله تعالى فيعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهادة كحد الزنا، ولهذا روي عن أبي يوسف أنه شرط إقرارين في مجلسين مختلفين، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بما روي عن النبي ﷺ أنه أتي بسارق فقال: «أسرقت؟ ما إخاله سرق». فقال: سرقته، فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الإقرار فيه، ولأن ما ثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت بإقرار واحد كالقصاص. وقد بينا أن الزنا مخصوص من بين نظائره. وفي الكتاب علل فقال: لو لم أقطعه في المرة الأولى لم أقطعه في المرة الثانية لأن المال صار دينًا عليه بالإقرار الأول فهو بالإقرار الثاني يريد إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهمًا في ذلك، وإن كان المال قائمًا بعينه رددته بعد الإقرار الأول قبل الإقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالإقرار لعدم رد المال؟ ألا ترى أن الشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال؟ فبالإقرار أولى. وإن رجع قبل أن يقطع درئ القطع لأنه ليس ههنا من يرد جحوده إذ القطع من حق الله تعالى فيتحقق التعارض بين الخبرين. فأما في حق المال لا يصح رجوعه لأن المسروق منه يكذبه في الرجوع والمال حقه.

ابن أبي ليلى يقول: أقطعه إذا أقر مرتين وإن كان المسروق منه غائبًا [١].

قال: وإن كانت السرقة تساوي خمسة دراهم، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا قطع فيها. بلغنا عن رسول الله ﷺ [٢]...

---

(١) وفي المبسوط ج٩ ص١٤٢ : وعندنا لابد من حضرة المسروق منه في الإقرار والشهادة جميعًا عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلابد من أن يكون المسروق مملوكًا لغير السارق فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكًا لمن في يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان ضيفًا عنده. ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه، وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير. وإذا حضر المسروق منه والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضرا في قول أبي حنيفة الأول، وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد يقطع، وكذلك بعد موت الشهود. قلت: تفصيل المسألة في المبسوط. ومن شاء فليراجعه. وفي ص١٨٨ منه: فإن أقر بالسرقة والمسروق منه غائب ففي القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف، لأنه أقر بوجوب الحد عليه حقا لله تعالى فيستوفيه الإمام منه وفي الاستحسان لا يقطع للشبهة فإن المسروق منه إذا حضر ربما يكذبه في الإقرار وقد بينا.

(٢) قلت: أخرج أبو يوسف في خراجه عن هشام بن عروة عن أبيه: كان السارق في عهد رسول الله ﷺ يقطع في ثمن المجن، وكان للمجن يومئذ ثمن، ولا يقطع في الشيء التافه. وروى عن هشام عن عروة عن عائشة: لم يكن يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه. روى الطبراني عن محمد بن نوح بن حرب عن خالد بن مهران عن أبي مطيع الثلجي عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقطع إلا في عشرة دراهم». وأخرجه الحارثي من طريق أبي مطيع وخلف بن ياسين وابن المظفر من طريق خلف كلاهما عن الإمام بالسند المذكور ولفظه: «كان تقطع اليد على عهد رسول الله ﷺ في عشرة دراهم». رواه محمد في الأصل عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه لا تقطع اليد إلا في ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم. وأخرجه النسائي والطحاوي والحاكم والطبراني عن مجاهد عن أيمن رفعه: «لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم». وأخرجه أبو داود عن ابن عباس أن النبي ﷺ قطع يد رجل في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم. وأخرجه الطحاوي والنسائي والحاكم أيضًا عنه، ولفظه: كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ عشرة دراهم. ورواه النسائي وابن أبي شيبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نحوه. وأخرج أحمد والدارقطني من هذا الوجه بلفظ «لا يقطع السارق في أقل من عشرة دراهم». وأما قول علي فقال أبو يوسف في خراجه بعد نقل قول ابن مسعود: وقد بلغنا نحو من ذلك عن علي ﷺ. وقال البيهقي عن الشافعي: رواه الزعافري عن الشعبي عن علي ﷺ. قال الحافظ علاء الدين في الجوهر النقي: روى عبد الرزاق عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي قال: «لا يقطع الكف في أقل من دينار أو عشرة دراهم» وأخرجه البيهقي عن جعفر بن محمد بن مروان عن عاصم قال: أظنه ابن عمر عن إسماعيل عن جويبر عن الضحاك عن النزال عن علي ﷺ قال: «لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم» قال: هذا إسناد يجمع مجهولين وضعفاء.

وعن علي وعن ابن مسعود رضي الله عنهما أنهم قالوا: لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم. وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقطع اليد في خمسة دراهم ولا تقطع في دونها (١).

=

وأما قول ابن مسعود فأخرجه محمد في آثاره عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبدالرحمن عن أبيه عنه. وأخرجه أبو يوسف في خراجه عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الله.

وأخرجه عبد الرزاق والطبراني نحوه بإسناده. قلت: وروي عن ابن عباس أيضًا قوله. أخرجه أبو يوسف في الخراج عن ابن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عنه.

وروى ابن أبي شيبة عن يحيى بن زيد وغيره عن الثوري عن عطية بن عبد الرحمن عن القاسم بن عبدالرحمن قال: أتي عمر بن الخطاب برجل سرق ثوبًا فقال لعثمان: قومه، فقومه ثمانية دراهم فلم يقطعه.

قال القاري في شرح المختصر: وهذا يدل على انتساخ ما في الصحيحين *.

(١) وفي المبسوط ج٩ ص١٣٧ : وعلماؤنا رحمهم الله استدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم» وعن ابن مسعود ﷺ موقوفًا ومرفوعًا: «لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم» وهكذا عن علي ﷺ. وفي الحديث المعروف: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» وعن أيمن بن أبي أيمن (كذا) وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المجن الذي قطعت اليد فيه على عهد رسول الله ﷺ كان يساوي عشرة دراهم. والرجوع إلى قولهم أولى، لأنهم من جلة الغزاة فكانوا أعرف بقيمة السلاح من غيرهم، وليس هذا من جملة ما قال إن الأخذ بالأقل أولى، لأن في قيمة المسروق إنما يؤخذ بالأقل لدرء الحد وذلك يوجب أن يؤخذ بالأكثر ههنا، لأن معنى درء الحد فيه. وقد روي أن عمر ﷺ أتي بسارق سرق ثوبًا فأمر بقطع يده. قال عثمان ﷺ: إن سرقته لا تساوي عشرة دراهم، فأمر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرأ الحد عنه، فدل أنه كان ظاهرًا معروفًا فيما بينهم أن النصاب يتقدر بعشرة دراهم، ويعتبر نصاب الحد بنصاب المهر. وقد قامت الدلالة لنا على أن أدناه عشرة دراهم، والمستحق بكل واحد منهما ما له خطر وهو مصون عن الابتذال فلا يستحق إلا بمال خطير. والحديث الذي رواه عن عائشة رضي الله عنها اضطرب أهل الحديث فيه، وأكثرهم على أنه غير مرفوع إلى رسول الله ﷺ حتى كان القاسم بن عبد الرحمن إذا سمع من يروي هذا الحديث مرفوعًا رماه بالحجارة . والدليل عليه ما اشتهر من قول عائشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع في الشيء التافه وكانت تقطع في ثمن المجن، فلو كان عندها نص لما اشتغلت بهذا الجواب المبهم، ثم يحتمل أنه كان التقدير بربع دينار في الابتداء ثم انتسخ ذلك بعشرة دراهم ليكون الناسخ أخف من المنسوخ. قال الله جل وعلا: ﴿ مَا نَنسَخْ مِنْ ءَايَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَآ أَوْ مِثْلِهَآ ﴾.

* الدراية (١٠٧/٢)، وخلاصة البدر المنير (٣١٨/٢)، نصب الراية (٣٥٥/٣، ٣٥٩، ٣٦٠)، وشرح معاني الآثار (١٦٦/٣)، والبيهقي (٢٦٩/٨)، والفتح (١٠٣/١٢).

قال: وإذا شهد الشاهدان على رجل بالسرقة والمسروق منه غائب، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أقبل الشهادة والمسروق منه غائب، أرأيت لو قال: لم يسرق مني شيئا أكنت أقطع السارق؟ وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل الشهادة عليه وأقطع السارق [1].

قال: وإذا اعترف الرجل بالسرقة مرتين وبالزنا أربع مرات ثم أنكر بعد ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يدرأ عنه الحد فيهما جميعًا ونضمنه السرقة. وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ حين اعترف عنده ماعز بن مالك ﷺ وأمر به أن يرجم هرب حين أصابته الحجارة، فقال رسول الله ﷺ [2] **«فهلا خليتم سبيله!»** حدثنا بذلك أبو حنيفة [3] يرفعه

---

(١) وفي المبسوط ج٩ ص١٤٢: وإن شهد شاهدان على رجل بالسرقة سئلا عن ماهيتها وكيفيتها، فإذا بينوا جميع ذلك والقاضي لا يعرف الشاهدين حبسه حتى يسأل عنهما، فإن زكيا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع إلا بحضرته. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا حاجة إلى حضرة المسروق منه وتقبل الشهادة على السرقة وحبسه كالزنا لأن المستحق بكل واحد منهما حد هو خالص حق الله تعالى. إلى أن قال: وعندنا لابد من حضرة المسروق منه في الإقرار والشهادة جميعًا عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلابد من أن يكون المسروق مملوكًا لغير السارق، فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكًا لمن في يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان ضيفا عنده. ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء، لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير.

(٢) وفي المبسوط ج٩ ص١٩١: وإن أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان في فوره ذلك، لأن هربه دليل رجوعه. ولو رجع عن الإقرار لم يقطع، فكذلك إذا هرب. والأصل فيه قول رسول الله ﷺ لماعز حين أخبر بالهرب فقال: «هلا خليتم سبيله؟» ولكنه إذا أتى بعد ذلك كان ضامنًا للمال، كما لو رجع عن إقراره، فإنه يسقط القطع به دون الضمان. وقال في الحدود في ص٩٤ ج٩: فإن أمر برجمه فرجع عن قوله درئ الحد عنه عندنا. وقال ابن أبي ليلى: لا يدرأ عنه الحد برجوعه، وكذلك الخلاف في كل حد هو خالص حق الله تعالى، واعتبر هذا الإقرار بسائر الحقوق مما لا يندرئ بالشبهات أو يندرئ بالشبهات كالقصاص وحد القذف، فالرجوع عن الإقرار باطل في هذا كله. وحجتنا فيه أن النبي ﷺ لقن المقر بالسرقة الرجوع، فلو لم يصح رجوعه لما لقنه ذلك، فقد روينا أن ماعزا ﷺ لما هرب انطلق المسلمون في أثره فرجموه، فقال النبي ﷺ: «هلا خليتم سبيله!» ولأن الرجوع بعد الإقرار إنما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدقه في الإقرار ويكذبه في الرجوع، وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى فيتعارض كلاماه الإقرار والرجوع، وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة.

(٣) رواه أبو يوسف عنه في كتاب الآثار عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ، وأخرجه الحارثي في مسنده من طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد وغيرهم بسنده المذكور،

إلى النبي ﷺ. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا اقبل رجوعه فيهما جميعا وأمضي عليه الحد.

قال: وإذا دخل الرجل من أهل الحرب إلينا بأمان فسرق عندنا سرقة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يضمن السرقة ولا يقطع، لأنه لم يأخذ الأمان لتجري عليه الأحكام(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: تقطع يده. وبه نأخذ. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنهما.

باب القضاء

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا أثبت القاضي في ديوانه الإقرار وشهادة الشهود ثم رفع إليه ذلك وهو لا يذكره، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا ينبغي له أن يجيزه. وكان ابن أبي ليلى يجيز ذلك. وبه نأخذ (٢). قال أبو حنيفة ﷺ: إن كان يذكره ولم يثبته عند

والحديث أخرجه الأئمة البخاري وغيره. وقد ذكر قبل ذلك.

(١) وفي المبسوط ج٩ ص١٧٨ : وإن سرق الحربي المستأمن في دار الإسلام لم يقطع وهو ضامن إلا على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى فإنهما يقولان يقطع ولا ضمان عليه، وقد بينا نظيره في كتاب الحدود. وقال في الحدود ص٥٥ منه: وإذا زنى الحربي بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد ولا حد عليه في قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا حد على واحد منهما، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال: يحدان جميعًا، أما المستأمن فعند أبي حنيفة ومحمد لا تقام عليه الحدود التي هي لله تعالى خالصًا كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق، وفي قول أبي يوسف الآخر والشافعي يقام الحد عليه كما يقام على الذمي لأنه ما دام في دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالذمي. إلى أن قال: وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ﴾ فتبليغ المستأمن مأمنه واجب بهذا النص حقًا لله تعالى، وفي إقامة الحد عليه تفويت ذلك، ولا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله. والمعنى أن المستأمن ما التزم شيئًا من حقوق الله تعالى وإنما دخل تاجرًا ليعاملنا ثم يرجع إلى داره، ألا ترى أنه لا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب؟ ولو كان ملتزمًا شيئًا من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمي، وهذا لأن منعه من أن يعود حربًا للمسلمين بعد ما حصل في أيديهم حق الله تعالى إلخ. وزيادة التفصيل في المبسوط.

(٢) وهو قول محمد أيضًا. وفي المبسوط ج١٦ ص٩٢: وإذا وجد القاضي في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله أن يتفكر في ذلك حتى يتذكر، وليس له أن يقضي بذلك إن لم يتذكر. وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجد ذلك في قمطرة تحت خاتمه فعليه أن يقضي به وإن لم يتذكر. وهذا منهما نوع رخصة، فالقاضي لكثرة اشتغاله يعجز أن يحفظ كل حادثة، ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فإن الآدمي ليس في وسعه التحرز عن النسيان. إلى أن قال: ومذهب أبي حنيفة هو العزيمة، فالمقصود من الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه لأن الكتاب تنقلب =

أجازه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجيزه حتى يثبته عنده، وإن ذكره.

قال: وإذا جاء رجل بكتاب قاض إلى قاض والقاضي لا يعرف كتابه ولا خاتمه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا ينبغي للقاضي الذي أتاه الكتاب أن يقبله حتى يشهد شاهد عدل على خاتم القاضي وعلى ما في الكتاب كله إذا قرئ عليه، عرف القاضي الكتاب والخاتم أو لم يعرفه، ولا يقبله إلا بشاهدين على ما وصفت، لأنه حق، وهو مثل شهادة على شهادة. وقال: لا يقبل الكتاب حتى يشهد الشهود أنه قرأه عليهم وأعطاه نسخة معهم يحضرونها هذا القاضي مع كتاب القاضي. وبه نأخذ. ثم رجع أبو يوسف (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا شهدوا على خاتم القاضي قبل ذلك منهم. وبه نأخذ (٢).

قال: وإذا قال الخصم للقاضي: لا أقر ولا أنكر، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أجبره على ذلك ولكنه يدعو المدعي بشهوده. قال: وكان ابن أبي ليلى لا يدعه حتى يقر أو ينكر. وكان أبو يوسف إذا سكت يقول له: احلف مرارًا، فإن لم يحلف قضى عليه (٣).

كالمرآة للعين، وإنما تعتبر المرآة ليحصل الإدراك بالعين، فإذا لم يحصل كان وجوده كعدمه، فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه، فإذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه، وهذا لأن الكتاب قد يزوَّر ويفتعل به والخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم، وليس للقاضي أن يقضي إلا بعلم، وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه.

(١) قلت: وقول محمد في المسألة مثل قول الإمام، صرحه في الهداية. قال السرخسي في المبسوط ج ١٦ ص٩٥: فإذا أتى القاضي كتاب قاض سأل الذي جاء به البينة على أنه كتابه وخاتمه، لأنه غاب عن القاضي علمه فلا يثبت إلا بشهادة شاهدين ثم يقرأه عليهم ويشهدون على ما فيه. فمن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن علم الشهود بما في الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال: إذا شهدوا أنه خاتمه وكتابه قبله وإن لم يعرف ما فيه، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله، لأن كتاب القاضي إلى القاضي قد يستعمل على شيء لا يعجبهما أن يقف عليه غيرهما. ولهذا يختم الكتاب. ومعنى الاحتياط يحصل إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه، ولكنا نقول: ما هو المقصود لابد من أن يكون معلومًا للشاهد، والمقصود ما في الكتاب لا عين الكتاب والختم، وكتب الخصومات لا يستعمل على شيء سوى الخصومة فللتيسير يطلب كتابًا آخر على حدة، فأما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل إلا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة.

(٢) قلت: وهذا قول أبي يوسف الآخر.

(٣) وفي المبسوط قال أبو يوسف ومحمد: يستحقه على حق المدعي ويجبره أنه يلزمه القضاء. إن لم يحلف، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول، وإن حلف دعا المدعي شهوده، فهما يجعلان سكوته أيضًا بمنزلة إنكاره، إلا أن على قولهما إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه استحلفه القاضي. قال: وقال ابن أبي ليلى: لا أدعه حتى يقر أو ينكر، لأن الجواب مستحق عليه، فإذا امتنع من إيفاء ما هو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضي على إيفائه بالحبس. ثم

قال: وإذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بشهادة الشهود على المخرج منه، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: أقبل ذلك منه. وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه بعد الإنكار مخرجًا [١]. وتفسير ذلك أن الرجل يدعي قبل الرجل الدين فيقول: ما له قبلي شيء، فيقيم الطالب البينة على ماله ويقيم الآخر البينة أنه قد أوفاه إياه. قال أبو حنيفة: المطلوب صادق بما قال: ليس قبلي شيء، وليس قوله هذا يا كذاب لشهوده على البراءة.

قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل دعوى، فقال: عندي المخرج، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس هذا عندي بإقرار إنما يقول: عندي البراءة، وقد تكون عنده البراءة من الحق ومن الباطل. وبهذا نأخذ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار فإن جاء بمخرج وإلا ألزمه الدعوى[٢] وأبو حنيفة يقول: إن لم يأت بالمخرج لم تلزمه الدعوى إلا ببينة.

=

شرط قبول البينة إنكار المدعى عليه فلابد أن يجبره القاضي حتى يجيب بالإقرار فيتوصل به المدعي إلى حقه، أو بالإنكار فيتمكن من إثبات حقه بالبينة. ولكنا نقول: الإنكار حق المنكر، لأنه يدفع به المدعي عن نفسه ويثبت به حق نفسه فلا يجوز أن يجبر على الإتيان به، ثم السكوت قائم مقام الإنكار، لأن المنكر مانع والساكت كذلك، والإنكار منازعة بالقول وفي السكوت منازعة بالفعل وهو الامتناع عن التسليم ومن الجواب بعد ما طولب به فيكون ذلك قائمًا مقام إنكاره، ويتمكن المدعي من إثبات حقه بالبينة عند ذلك.

(١) قال في المبسوط: فابن أبي ليلى يقول: هو مناقض في دعواه الإيفاء بعد إنكاره أصل المال خصوصًا إذا قال: ما كان له عليَّ شيء قط، وقبول البينة يبتنى على دعوى صحيحة، ومع التناقض لا تصح الدعوى، ألا ترى أنه لو قال: ما كان له عليَّ شيء قط ولا أعرفه لم تقبل منه البينة على الإيفاء بعد ذلك لهذا المعنى؟ ولكنا نقول: دعواه الإيفاء بعد جحود أصل المال دعوى صحيحة إما باعتبار أنه لا شيء عليه في الحال أو أنه لم يكن عليه شيء قط لكنه ادعى مرة هذه الدعوى الباطلة واستوفى المال بها، فإذا كانت الدعوى صحيحة بهذا الطريق من التوثق كان متمكنًا من إثباتها بالبينة، ثم الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم، بخلاف ما إذا قال: ما كان له شيء قط ولا أعرفه، لأن مع ذلك الزيادة في الإنكار متعذر التوفيق بين كلاميه من الوجه الذي قلنا.

(٢) وفي المبسوط: لأن المخرج منها إنما يتحقق بعد الدخول فيها فكان هذا وقوله: أوفيتها إياه أو أبرأني منها سواء، وذاك إقرار بأصل المال، ولكنا نقول: هو ادعى المخرج من دعواه لا من المال فلا يكون ذلك إقرارًا بالمال صريحًا ولا دلالة. وهكذا نقول في الإبراء، فإنه لو قال: أبرأني من هذه الدعوى لا يكون ذلك إقرارًا بالمال، ثم المخرج من الدعوى ببيان وجه الفساد فيه، ووجه الفساد غير متعين، قد يكون ذلك ببيان أنه ما كان واجبًا قط، وقد يكون ذلك ببيان المسقط بعد الوجوب، ومع الاحتمال لا يجب المال.

قال: وإذا أقر الرجل عند القاضي بشيء فلم يقض به القاضي عليه ولم يثبته في ديوانه ثم خاصمه إليه فيه بعد ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ قال: إذا ذكر القاضي ذلك أمضاه عليه. وبهذا نأخذ [١]. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يمضي ذلك عليه وإن كان ذاكرًا له حتى يثبته في ديوانه [٢].

باب الفرية

قال أبو يوسف: وإذا قال رجل لرجل من العرب: يا نبطي أو لست من بني فلان لقبيلة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا حد عليه في ذلك وإنما قوله هذا مثل قوله يا كوفي يا بصري يا شامي [٣]. حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما بذلك [٤] وأما قوله: لست من بني فلان، فهو صادق ليس هو من ولد فلان لصلبه وإنما هو من ولد الولدان، القذف ههنا إنما وقع على أهل الشرك الذين كانوا في الجاهلية [٥]. وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: فيهما جميعًا الحد.

قال: وإذا قال الرجل لرجل: لست ابن فلان [٦] وأمه أمة أو نصرانية وأبوه مسلم،

---

(١) قلت: هو قول الكل – أفاده السرخسي بقوله: عندنا.

(٢) وفي المبسوط: والقياس ما قلنا، لأن القاضي حين سمع إقراره بذلك كان القاضي يذكر ذلك، والمقصود من الإثبات في ديوانه أن يتذكر ذلك بالنظر فيه عند الحاجة فإذا كان ذاكرًا فما هو المقصود حاصل. ولكن استحسن ابن أبي ليلى رحمه الله وقال القاضي لكثرة اشتغاله ربما يشتبه عليه ذلك، ولهذا يثبته في ديوانه ليرجع إليه فينبغي له الشهود، فإذا لم يثبته في ديوانه لو قضى به كان قضاء مع تمكن الشبهة وربما ينسب به إلى الميل، فعليه أن يحتاط في ذلك ولا يقضي بمجرد كونه ذاكرًا حتى يثبته في ديوانه.

(٣) ولا حد عليه عند الإمام، لأنه لا يراد بهذا اللفظ القذف، ألا ترى أن الرجل يقول للآخر: أنت رستاقي أو خراساني أو كوفي ولا يريد بشيء من ذلك القذف؟ ومذهبنا مروي عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال: لا حد عليه – كما في المبسوط ج٩ ص ١٢٣.

(٤) لم أقف على مخرجه، تتبعت الكتب الموجودة عندي فلم أجده فيه.

(٥) وفي المبسوط ج٩ ص١٢٣: وإن قال لرجل: لست من بني فلان لقبيلته لا يحد، لأنه صادق، فإن بني فلان حقيقة أولاده لصلبه وهو ليس منهم ولأنه لو كان هذا قذفًا فإنما يكون قذفًا لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهي كانت كافرة غير محصنة، وهو نظير ما لو قال له: جدك زان أو جدتك زانية فإنه لا يكون قاذفًا بهذا، لأن في أجداده وجداته من هو كافر، فإذا لم يعين مسلمًا لا يكون قاذفًا محصنًا، بخلاف ما لو قال: أنت ابن الزانية لأنه بهذا اللفظ قاذف لأمه الأدنى وهي كانت محصنة فعليه الحد.

(٦) في المبسوط: لست من بني فلان.

فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا حد على القاذف إنما وقع القذف ههنا على الأم ولا حد على قاذفها. وبه نأخذ [١]. وكان ابن أبي ليلى يقول في ذلك: عليه الحد.

قال: وإذا قذف رجل رجلا فقال: يا ابن الزانيين وقد مات الأبوان، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: إنما عليه حد واحد لأنها كلمة واحدة. وبهذا نأخذ [٢]، إن فرق القول أو جمعه فهو سواء وعليه حد واحد. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه حدان ويضربه الحدين في مقام واحد وقد فعل ذلك في المسجد [٣] وإذا قال الرجل للرجل: يا ابن الزانيين أو قالت المرأة للرجل: يا ابن الزانيين والأبوان حيان، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: إذا كانا حيين

---

(١) وفي المبسوط: وهذا بناء على الأصل الذي بيناه في كتاب الحدود أن قوله: لست من بني فلان يكون قذفًا لأمه عندنا، فإذا كانت أمه أمة أو نصرانية فهي غير محصنة وقذف غير المحصنة لا يوجب الحد. وعند ابن أبي ليلى هذا قذف في نفسه، لأنه يلحقه العار بكونه ولد الزنا كما يلحقه العار بنسبته إلى الزنا فكما أنه لو نسبه إلى الزنا يكون قاذفًا له فكذلك إذا نفاه من أبيه يكون قاذفًا له وهو محصن في نفسه فعلى قاذفه الحد، لأنه قذف أمه بهذا فإن الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه، فأما الوطء إذا لم يكن زنا يكون مثبتًا للنسب، فعرفنا أن بهذا اللفظ قذف أمه فإذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد. وفي القياس لا حد عليه، لأنه لا يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه من غير أن تكون الأم زانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطء، ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود ﷺ حيث قال: «لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه» ولأنها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية، فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف أمه.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضًا أفاده السرخسي بقوله: عندنا. قال السرخسي لأن المغلب في حد القذف عندنا حق الله تعالى فعند الاجتماع يتداخل والمقصود يحصل بإقامة حد واحد، وهو معنى الزجر للقاذف ودفع العار عن المقذوف. وعند ابن أبي ليلى يضرب حدين لأن عنده المغلب في حد القذف حق العبد.

(٣) قال السرخسي: وهذه هي المسألة التي قال أبو حنيفة رحمه الله فيها: إن القاضي أخطأ فيها في سبع مواضع، فإن معتوهة كانت بالكوفة آذاها رجل فقالت له: يا ابن الزانيين، فأتي بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فأقام عليها حدين، فذكر ذلك لأبي حنيفة فقال: أخطأ في سبع مواضع، ثم فسر ذلك فقال: بنى الحكم على إقرار المعتوهة وإقرارها هدر. وألزمها الحد والمعتوهة ليست من أهل العقوبة، وأقام عليها حدين ومن قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد، وأقام حدين معًا ومن اجتمع عليه حدان لا يوالي بينهما ولكن يضرب أحدهما ثم يترك حتى يبرأ ثم يقام الآخر، وأقام الحد في المسجد وليس للإمام أن يقيم الحد في المسجد، وضربها قائمة وإنما تضرب المرأة قاعدة، وضربها لا بحضرة وليها وإنما يقام الحد على المرأة بحضرة وليها حتى إذا انكشف شيء من بدنها في اضطرابها ستر الولي ذلك عليها. فانتشر بالكوفة أن القاضي أخطأ في مسألة واحدة في سبعة مواضع.

بالكوفة لم يكن على قاذفهما الحد إلا أن يأتيا يطلبان ذلك [١] ولا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعًا. وبه نأخذ [٢].

قال: ولا يكون في هذا أبدًا إلا حد واحد. وكان ابن أبي ليلى يضربهما جميعًا حدين في مقام واحد ويضرب المرأة قائمة ويضربهما حدين في كلمة واحدة ويقيم الحدود في المسجد [٣] أظن أبا حنيفة ﷺ قال: لا ولا يكون على من قذف بكلمة أو كلمتين أو جماعة أو فرادى إلا حد واحد، فإن أخذه بعضهم فحد له كان لجميع ما قذف. بلغنا عن رسول الله ﷺ [٤]. وبه نأخذ. وقال: لا تقام الحدود في المساجد.

---

(١) وفي المبسوط ج٩ ص١١٣ : وإن كان القذف حيًا غائبًا ليس لأحد من هؤلاء. أن يأخذ بحده عندنا. وقال ابن أبي ليلى: الغائب كالميت لأن خصومته تتعذر لغيبته كما هو متعذر بعد موته، ولكنا نقول: يتوب أو يبعث وكيلا ليخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فما لم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين، وفي الميت الخصومة باعتبار تناول العرض مأيوس عنه فيقام الحد بخصومة يلحقه الشين، بخلاف الغائب، فإن مات هذا الغائب قبل أن يرجع لم يأخذ وليه أيضًا عندنا. قلت: وعلل لهذه المسألة فقال: وعندنا المغلب حق الله تعالى فلا يورث عملا بقوله ﷺ «لا يجري الإرث فيما هو من حق الله تعالى» ولأن الإرث خلافه الوارث المورث بعد موته في حقه، والله تعالى يتعالى عن ذلك إلخ. والتفصيل فيه فليراجعه من طلب التفصيل.

(٢) وفي المبسوط ج٩ ص١٠١ : وكلما أقام عليه حدًا حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر، لأنه إن والى إقامة هذه الحدود ربما يؤدي إلى الإتلاف. وقد بينا أنه مأمور بإقامة الحد على وجه يكون زاجرًا لا متلفًا، ولكنه يحبس لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من إقامة الحد عليه ويصير مضيعًا للحد، والإمام منهى عن تضييع الحد بعد ظهوره عنده، وإن كان محصنًا اقتص منه في العين وضربه حد القذف لما فيهما من حق العباد ثم رجمه، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك، هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم. والمعنى فيه أن في الحدود الواجبة لله تعالى المقصود هو الزجر وأتم ما يكون من الزجر باستيفاء النفس والاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد، فلهذا رجمه ودرأ عنه ما سوى ذلك إلا أنه يضمنه السرقة لأن الضمان قد وجب عليه بالأخذ وإنما يسقط لضرورة استيفاء القطع حقًا لله ولم يوجد ذلك، فلهذا يضمنه السرقة ويأمر بإيفائها من تركته.

(٣) وفي المبسوط ج٩ ص١٠١ : ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه وهم تلويث المسجد، ولأن المجلود قد يرفع صوته وقد نهى رسول الله ﷺ عن رفع الصوت في المسجد بقوله: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم» ولكن القاضي يخرج من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله ﷺ في حديث الغامدية، أو يبعث أمينًا ليقام بحضرته كما فعله رسول الله ﷺ في ماعز ﷺ. قلت: روى البيهقي في سننه عن حكيم بن حزام قال، «نهى رسول الله ﷺ أن يستقاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود» ج٨ ص٣٢٨.

(٤) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقط هنا من الأصل نحو: ذلك أو نحوه أو نحو من ذلك: أو بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ، والله أعلم ولم نجده. وروي ذلك عن إبراهيم النخعي، رواه الإمام محمد في كتاب الآثار، عن الإمام عن حماد عنه.

قال: ومن قذف أبا رجل وأبوه حي لم يحد له حتى يكون الأب الذي يطلب. وإذا مات كان للابن أن يقوم بالحد (١). وإن كان له عدة بنين فأيهم قام به حد له. وقال أبو حنيفة ﷺ: لا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعًا ولكنه يقيم عليه أحدهما ثم يحبس حتى يخف الضرب ثم يضرب الحد الآخر، وإنما الحدان في شرب وقذف أو زنا وقذف، أو زنا وشرب، فأما قذف كله وشرب كله مرارًا (٢) أو زنا مرارًا فإنما عليه حد واحد (٣).

قال: ولو كان الأبوان المقذوفان حيين كانا بمنزلة الميتين في قول ابن أبي ليلى. وأما في قول أبي حنيفة فلا حق للولد حتى يجيء الوالدان أو أحدهما يطلب قذفه وإنما عليه حد واحد في ذلك كله (٤).

قال: وإذا قذف الرجل رجلا ميتًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يأخذ بحد الميت إلا الولد أو الوالد. بهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يأخذ أيضًا الأخ والأخت، وأما غير هؤلاء فلا (٥).

قال: وإذا قذف الرجل امرأته وشهد عليه الشهود بذلك وهو يجحد فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: إذا رفع إلى الإمام خبره حبس حتى يلاعن. وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا جحد ضربته الحد ولا أجبره على اللعان منها إذا جحد (٦).

---

(١) قلت: وهذه المسألة مكررة في الحقيقة، وليس بينها وبين التي قبلها كبير فرق إلا أن هناك فرضها في الأبوين وهنا فرضت في أب.

(٢) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقط من الأصل أي فعل ذلك مرارًا، والله أعلم.

(٣) قلت: أخرج أبو يوسف في خراجه عن الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: إذا سرق مرارًا فإنما يده واحدة، وإذا شرب الخمر مرارًا وقذف مرارًا فإنما عليه حد واحد.

(٤) قلت: هذه المسألة مكررة في الحقيقة. قال في المبسوط ج٩ ص١٢٥ : رجل قال لرجل: يا ابن الزانيين فعليه حد واحد، لأنه قذف أباه وأمه ولو كانا حيين فخاصماه لم يكن عليه إلا حد واحد فكذلك إذا كانا ميتين فخاصمه الابن.

(٥) وفي المبسوط ج٩ ص١١٢ : ثم الخصومة في هذا القذف إلى من ينسب إلى الميت بالولاد أو ينسب إليه الميت بالولاد، ولأنه يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه الشين به كان له أن يخاصم بإقامة الحد عليه وليس لأخيه أن يخاصم في ذلك عندنا، وعند ابن أبي ليلى له ذلك لأن للأخ علقة في حقوقه بعد موته كالولد، ألا ترى أنه في القصاص يخلفه؟ فكذا في حد القذف. ولكنا نقول: الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة، فإن حد القذف لا يورث ليخلف الوارث المورث فيه. وإنما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والأخ لا يلحقه الشين بزنا أخيه، لأنه لا ينسب أحد الأخوين إلى صاحبه وإنما نسبة زنا الغير باعتبار نسبته إليه، بخلاف الآباء والأولاد.

(٦) وفي المبسوط ج٧ ص٤٤: وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد، أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت بالإقرار

باب النكاح

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا تزوج المرأة بغير مهر مسمى فدخل بها، فإن لها مهر مثلها من نسائها، لا وكس ولا شطط. وقال أبو حنيفة ﷺ: نساؤها أخواتها وبنات عمها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: نساؤها أمها وخالاتها [1].

قال: وإذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة ابن أخيه وهو صغير يتيم في حجره، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: النكاح جائز [2] وله الخيار إذا أدرك. وبه نأخذ [3]. وكان ابن

= الخصم، ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد. ولكنا نقول: إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه فلهذا لا يحد.

(١) وفي المبسوط ج٥ ص٦٤: نساؤها اللاتي يعتبر مهورها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات أعمامها عندنا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: أمها وقوم أمها كالخالات ونحو ذلك، لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء. ولكنا نقول: قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه، لا من جنس قوم أمه. ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعًا لأبيها؟ فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهرها بمهر أمها إلا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها، لا لأنها أمها بل لأنها بنت عم أبيها، وإنما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها في الحسن والجمال والسن والمال والبكارة، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الأوصاف، قال ﷺ: «تنكح المرأة لمالها وجمالها» الحديث إلخ.

(٢) في المبسوط ج٤ ص٢١٥: وحجتنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ ....﴾ الآية معناه في نكاح اليتامى، وإنما يتحقق هذا الكلام إذا كان يجوز نكاح اليتيمة، وقد نقل عن عائشة رضي الله عنها في تأويل الآية أنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها وجمالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن أعلى سنتهن في الصداق. وقالت في تأويل قوله تعالى ﴿فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ﴾ إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية، فأمر الأولياء بتزوج اليتامى أو بتزويجهن من غيرهم، فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة. وزوج رسول الله ﷺ بنت حمزة رضي الله عنها من عمر بن أبي سلمة رضي الله عنهما وهي صغيرة. والآثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم إلخ. والتفصيل فيه فمن شاء زيادة على هذا فليرجع إليه *.

(٣) وفي المبسوط ج٤ ص٢١٥: فإذا ثبت جواز تزويج الأولياء الصغير والصغيرة فلهما الخيار إذا أدركا في قول أبي حنيفة ومحمد. وهو قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال: لا خيار لهما، وهو قول عروة بن الزبير =

---

* انظر: المبسوط (٢١٤/٤)، وشرح فتح القدير (٢٧٥/٣).

أبي ليلى يقول: لا يجوز ذلك عليه حتى يدرك. ثم رجع أبو يوسف وقال: إذا زوج الولي فلا خيار وهو مثل الأب.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة وامرأة أبيها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو جائز. بلغنا ذلك عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أنه فعل ذلك، وبه نأخذ. تزوج عبد الله بن جعفر امرأة علي رضي الله عنهم وابنته جميعًا [1]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز النكاح. وقال: كل امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يحل لها نكاح صاحبتها فلا ينبغي للرجل أن يجمع بينهما [2].

= رضي الله عنهما. قال: لأن هذا عقد عقدًا بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثب فيه خيار البلوغ كعقد الأب والجد إلخ، وجه قولهما أنه زوجها من هو قاصر الشفقة عليها فإذا ملكت أمر نفسها كان لها الخيار كالأمة إذا زوجها مولاها ثم أعتقها. وهذا لأن أصل الشفقة موجود للولي ولكنه ناقص. يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الآباء، وقد ظهر تأثير هذا النقصان حكمًا حين امتنع ثبوت الولاية في المال للأولياء، فلاعتبار وجود أصل الشفقة نفذنا العقد، ولاعتبار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار لأن ثبوت الولاية لكيلا يفوت الكفء الذي خطبها فيكون بمعنى النظر لها، وإنما يتم النظر بإثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ بخلاف الأب فإنه وافر الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد لأنه بمنزلة الأب تثبت ولايته في المال والنفس.

(١) رواه البيهقي [١٦٧/٧] من طريق عثمان بن عمر عن يونس عن الزهري قال: أخبرني غير واحد أن عبد الله بن جعفر جمع بين بنت علي وامرأة علي ثم ماتت بنت علي فتزوج عليها بنتًا لعلي أخرى. قال: وقد رواه ابن أبي ذئب عن عبد الرحمن بن مهران عن عبد الله بن جعفر بنحوه، ورواه من طريق جرير بن عبد الحميد عن مغيرة عن قثم مولى آل العباس قال: جمع عبد الله بن جعفر بين ليلى بنت مسعود النهشلية وكانت امرأة علي ﷺ وبين أم كلثوم بنت علي لفاطمة رضي الله عنها فكانتا امرأتيه وأخرجه ابن سعد من طريق علي بن علي بن السائب أن عبد الله بن جعفر تزوج ليلى امرأة علي وزينب بنت علي من غيرها. وأخرجه ابن أبي شيبة من وجه آخر، وعلقه البخاري وأخرجه الدارقطني: ولابن أبي شيبة أيضًا من طريق عكرمة بن خالد أن عبد الله بن صفوان تزوج امرأة رجل من ثقيف وابنته. وله عن ابن علية عن أيوب سئل ابن سيرين عن ذلك فقال: لا بأس به، نبئت أن جبلة كان بمصر فعله. زاد الدارقطني له صحبة، وقال البيهقي: وعن أيوب أنه قال: نبئت أن سعد بن قرحا رجل من أصحاب رسول الله ﷺ جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها *.

(٢) وفي المبسوط ج٤ ص٢١١، ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة وبنت زوج قد كان لها من قبل ذلك، يجمع بينهما، لأنه لا قرابة بينهما.

---

* انظر: الدراية (٥٧/٢)، ونصب الراية (١٧٦/٣).

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج المرأة من شهوة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: تحرم على ابنه وعلى أبيه، وتحرم عليه أمها وابنتها [1].

وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك، لأن بنت الزوج لو كان ذكرًا لم يكن له أن يتزوج الأخرى، لأنها منكوحة أبيه ولك امرأتين لو كانت إحداهما ذكرًا لم تجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحًا لا يجوز كالأختين، ولكنا نستدل بحديث عبدالله بن جعفر رضي الله عنهما فإنه جمع بين امرأة علي ﷺ وابنته، ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع، وذلك غير موجود هنا، وما قابله ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى إنما يعتبر إذا تصور من الجانبين كما في الأختين، وذلك لا يتصور هنا فإن امرأة الأب لو صورتها ذكرًا جاز له نكاح البنت، فعرفنا أنهما ليستا كالأختين، ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد، لأنه لا قرابة بينهما، كما جاز للأول أن يجمع بينهما فكذلك الثاني، وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويزوج ابنه أمها أو ابنتها، فإن محمد بن الحنفية تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه، وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هي على ابنه فأما أمها أو ابنتها تحرم عليه لا على ابنه، فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) وفي المبسوط ج٤ ص٢٠٨: ولو نظر إلى فرجها بشهوة تثبت به الحرمة عندنا استحسانًا، وفي القياس لا تثبت. وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي لأن النظر كالتفكر إذ هو غير متصل بها، ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم وإن اتصل به الإنزال؟ ولأن النظر لو كان موجبًا للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس عن شهوة، ولكنا تركنا القياس بحديث أم هانئ رضي الله عنها. قلت: قال الجصاص رواه جرير بن عبد الحميد عن الحجاج عن أبي هانئ .. وذكر البيهقي أيضًا أن النبي ﷺ قال: «من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها» وعن عمر ﷺ أنه جرد جارية ثم نظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال: أما إنها لا تحل لك. وفي الحديث: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» ثم النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع، لأن النظر إلى المحل إما لجمال المحل أو للاستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال فعرفنا أنه نوع استمتاع كالمس، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء، ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في الملك، بمنزلة المس عن شهوة، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء. ثم معنى الشهوة المعتبرة في المس والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها. فأما مجرد الاشتهاء بالقلب غير معتبر، ألا ترى أن هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذي لا شهوة له؟ والنظر إلى الفرج الذي تتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخل دون الخارج وإنما يكون ذلك إذا كانت متكئة أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر. ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب تتعدى إلى آبائه وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعًا وكذلك تتعدى إلى جداتها وإلى نوافلها، لما بينا أن الأجداد والجدات بمنزلة الآباء والأمهات، والنوافل بمنزلة الأولاد فيما تنبني عليه الحرمة، وذلك كله مروي عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرمت عليه امرأته، نقل ذلك عن أبي بن كعب ﷺ. وكأن المعنى فيه أن الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب، وذلك كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاء النكاح فكذلك هذا يمنع بقاء النكاح كما يمنع ابتداءه.

بلغنا ذلك عن إبراهيم [١]. وبلغنا عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه خلا بجارية له فجردها وأن ابنا له استوهبها فقال له: إنها لا تحل لك [٢]. وبلغنا عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: «**ملعون من نظر إلى فرج امرأة وأمها**» [٣] وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يحرم من ذلك شيء ما لم يلمسه.

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج أمته من شهوة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا تحل لأبيه ولا لابنه، ولا تحل له أمها ولا بنتها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي له حلال حتى يلمسها [٤].

---

(١) لم أجد من وصله وروى محمد في آثاره وحججه عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: إذا قبل الرجل أم امرأته أو لمسها من شهوة حرمت عليه امرأته. قال: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة. وأخرج في الآثار عنه عن إبراهيم بن محمد بن المنتشر عن أبيه عن مسروق قال: بيعوا جاريتي هذه أما إني لم أصب منها إلا ما يحرمها على ابني من لمس أو نظر. قال محمد: وبه نأخذ، إلا أنا لا نرى النظر شيئًا إلا أن ينظر إلى الفرج بشهوة، فإن نظر إليه بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها، وهو قول أبي حنيفة. وقال الإمام أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن ج٢ ص١٢١: وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» قلت: وأخرجه الدارقطني عن حفص بن غياث عن ليث عن حماد. وأخرجه ابن أبي شيبة أيضًا بسنده إلى حماد الحديث. وأخرجه عبدالرزاق عن إبراهيم قوله.

(٢) قال الإمام الجصاص في أحكام القرآن [٣/ ٦٢]: وروى الأوزاعي عن مكحول أن عمر جرد جارية له فسأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك. وروى حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده جرد جارية ثم سأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك، وروى المثنى عن عمرو بن شعيب عن ابن عمر أنه قال: أيما رجل جرد جارية له فنظر إليه منها، يريد ذلك الأمر، فإنها لا تحل لابنه. قلت: وحديث عمر ﷺ أخرجه ابن أبي شيبة ومالك كما في كنز العمال.

(٣) لم أقف على مخرجه. روى محمد في كتاب الحجة على أهل المدينة عن قيس ابن الربيع الأسدي عن أبي حصين عن خيثمة بن عبد الرحمن الجعفي قال: مكتوب في التوراة: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» *

(٤) قلت: هذه المسألة والتي قبلها لا فرق بينهما بل هما متشابهان من حيث الوطء. قال في المبسوط ج٤ ص٢٠٧: كما تثبت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عندنا سواء كان في الملك أو في غير الملك. إلى أن قال: ولكنا نستدل بآثار الصحابة رضي الله عنهم؛ فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها» وعن مسروق قال: «بيعوا جاريتي هذه أما إني لم أصب منها ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة» قلت: وقد مرت الرواية برواية الآثار وفيه «إلا ما يحرمها على ولدي» فلعل (إلا) سقط هنا من الأصل، والله أعلم. قال: ولأن المس والتقبيل سبب يتوصل به إلى الوطء فإنه من دواعيه =

---

* انظر: الفتح (٩/١٥٧).

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة بشاهدين من غير أن يزوجها ولي والزوج كفء لها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: النكاح جائز(١) ألا ترى أنها لو رفعت أمرها إلى الحاكم ولي وليها أن يزوجها كان للحاكم أن يزوجها ولا يسعه إلى ذلك ولا ينبغي له غيره؟ فكيف يكون ذلك من الحاكم والولي جائزا ولا يجوز ذلك منها وهي قد وضعت نفسها في الكفاءة؟ بلغنا عن علي ابن أبي طالب ﷺ أن امرأة زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا الزوج إلى علي ﷺ فأجاز علي النكاح (٢). وكان ابن أبي ليلى لا يجيز

= ومقدماته فيقام مقامه في إثبات الحرمة كما أن النكاح الذي هو سبب الوطء شرعًا يقام مقامه في إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهي الربيبة، وهذا لأن الحرمة تنبني على الاحتياط فيقام السبب الداعي إلى الوطء فيه مقام الوطء احتياطًا وإن لم يثبت به سائر الأحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام.

(١) وفي المبسوط ج٥ ص١٠ بعد ما ذكر حديث علي ﷺ الذي ذكره هنا: وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفؤا جاز النكاح وإلا فلا، ثم رجع فقال: النكاح صحيح سواء كان الزوج كفؤا لها أو غير كفء، فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفؤًا لها فللأولياء حق الاعتراض. وفي رواية الحسن إن كان الزوج كفؤًا لها جاز النكاح وإن لم يكن كفؤًا لها لا يجوز. وكان أبو يوسف أولا يقول: لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء إذا كان لها ولي ثم رجع وقال: إن كان الزوج كفؤًا لها أو غير كفء لها. وذكر الطحاوي قول أبي يوسف أن الزوج إن كان كفؤا أمر القاضي الولي بإجازة العقد فإن أجازه جاز، وإن أبى أن يجيزه لم ينفسخ، ولكن القاضي يجيزه فيجوز، وعلى قول محمد يتوقف نكاحها على إجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فإن أجازه الولي جاز وإن أبطله بطل، إلا أنه إذا كان الزوج كفؤا لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبى الولي أن يزوجها منه.

(٢) ذكره بلاغًا، وكذا ذكره محمد في كتاب النكاح، ووصله في كتاب الحجة على أهل المدينة، فرواه عن أبي يوسف عن سليمان بن أبي سليمان يعني أبا إسحاق الشيباني عن أمه عن بحرية ابنة هانئ أنها أنكحت نفسها القعقاع بن المسور فخاصمه أبوها إلى علي بن أبي طالب ﷺ فأجاز النكاح وقد دخل بها، وروي عن أبي يوسف عن أبي إسحاق الشيباني عن أبي قيس الأودي أن امرأة معه في الدار زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا زوجها إلى علي بن أبي طالب ﷺ فأجاز النكاح. ورواه البيهقي من طريق أبي معاوية عن أبي إسحاق عن أبي قيس، وفي رواية سماها سلمة من عائذ الله زوجتها أمها. وروى الأول من طريق هشيم وأبي عوانة وابن إدريس عن الشيباني عن بحرية بنت هانئ بن قبيصة أنها زوجت نفسها من القعقاع بن شور وبات عندها وجاء أبوها فاستعدى عليًا فقال أدخلت بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح، فقال ابن شور وقال: بحرية مجهولة. وفي الجوهر النقي: وقد جاء من وجه آخر قال ابن أبي شيبة حدثنا ابن فضيل عن أبيه عن الحكم قال: كان علي إذا رفع إليه رجل تزوج امرأة بغير ولي فدخل بها أمضاه. فقد روي من وجوه يشد بعضها بعضها. قلت: ورواه أيضًا محمد في كتاب الحجة عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة

ذلـــك [١]. وقال أبو يوسف: وهو موقوف وإن رفع إلى الحاكم وهو كفء أجزت ذلك كأن القاضي ههنا ولي بلغه أن ابنته قد تزوجت فأجاز ذلك.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة فأعلن المهر وقد كان أسر قبل ذلك مهرًا وأشهد شهودًا عليه وأعلم الشهود أن المهر الذي يظهره فهو كذا وكذا سمعة يسمع بها القوم وأن أصل المهر هو كذا وكذا الذي في السر ثم تزوج فأعلن الذي قال، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: المهر هو الأول وهو المهر الذي في السر والسمعة باطل الذي أظهر للقوم. وبه نأخذ [٢].

عن القاسم بن عبد الرحمن في قصة فريعة والمسيب بن نجبة عن عبد الله بن مسعود: أنه أجاز قول فريعة في قبول ثبت المسيب.

(١) وفي المبسوط ج٥ ص١١: وأما من جوز النكاح بغير ولي استدل بقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ ﴾ وبقوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ وقوله تعالى: ﴿ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ ﴾ وأضاف العقد إليهن في هذا الأيات فدل أنها تملك المباشرة. والمراد بالعضل: المنع حبسًا بأن يحبسها في بيت ويمنعها من أن تتزوج، وهذا خطاب للأزواج فإنه قال في أول الآية: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ وبه نقول إن من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له أن يمنعها من التزوج بزوج آخر. وأما الأخبار فقوله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها» والأيم اسم للمرأة لا زوج لها، بكرًا كانت أو ثيبًا. وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وهو اختيار الكرخي قال: الأيم من النساء كالعزب من الرجال، بخلاف ما ذكر محمد أن الأيم اسم للثيب. وقد بينا هذا في شرح الجامع. وقال ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر» وحديث الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله ﷺ: لكني أردت أن تعلم النسلء أن ليس إلى الآباء من أمور بناتهم شيء. ولما خطب رسول الله ﷺ أم سلمة رضي الله عنها اعتذرت بأعذار من جملتها أن أولياءها غيب، فقال ﷺ: «ليس في أوليائك من لا يرضى بي، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله ﷺ» خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين، وعن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم جواز النكاح بغير ولي، وأن عائشة رضي الله عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وهو غائب فلما رجع قال: أو مثلي يفتات عليه في بناته؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: أو ترغب عن المنذر؟ والله لتملكنه أمرها! وبهذا تبين أن ما رووا من حديث عائشة رضي الله عنها غير صحيح، فإن فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهن الحديث، ومدار ذلك الحديث على الزهري، وأنكره الزهري وجوز النكاح بغير ولي. ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاها أو على الصغيرة أو على المجنونة، وكذلك سائر الأخبار التي رووا على هذا تحمل أو على بيان الندب أن المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها. والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الإطلاع فليرجع إليه فإنه أطال وفصل فأجاد ﷺ.

(٢) وفي المبسوط ج٥ ص٨٧: وإذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية، وهذا على وجهين: إن كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدا في العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية، لأن تلك المواضعة ما كانت لازمة، وجعل ما عقدا عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها

وكان ابن أبي ليلى يقول: السمعة هي المهر والذي أسر باطل. أخبرنا أبو يوسف عن مطرف عن عامر قال: إذا أسر الرجل مهرًا وأعلن أكثر من ذلك أخذ بالعلانية. أخبرنا أبو يوسف عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن شريح وإبراهيم مثله.

قال: وإذا زوج الرجل ابنته وقد أدركت، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: إذا كرهت ذلك لم يجز النكاح عليها لأنها قد أدركت وملكت أمرها فلا تكره على ذلك. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها»(١) فلو كانت إذا أكرهت أجبرت على ذلك لم تستأمر. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: النكاح جائز عليها

= إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السر والعلانية سمعة، فحينئذ المهر ما سمى لها في السر، لأنهما في الإشهاد أظهرا أن مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر، والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى، فإنه يقول: كما لا يعمل الهزل في جانب المنكوحة فكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية، فأما إذا تعاقدا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأول، لأن العقد الثاني بعد الأول لغو، وبالإشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمعا فيه. وإن لم يشهدا في ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب أن المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر.

قالوا: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الأول، لأن العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضًا يلغو. وعند أبي حنيفة أصل العقد الثاني وإن صار لغوًا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرًا بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر سنًا منه: هذا ابني فإنه لما لغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد، وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن لغا صريح كلامه في حكم النسب بقي معتبرًا في حق العتق.

(١) أخرج الحارثي من طريق أبي يوسف وأسد بن عمرو والحسن بن زياد والحماني وغيرهم عن الإمام عن شيبان بن عبد الرحمن عن يحيى بن أبي كثير عن المهاجر بن عكرمة عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح البكر حتى تستأمر ورضاها سكوتها، ولا تنكح الثيب حتى تستأذن»* وأخرجه طلحة بن محمد من طريق محمد والمقرئ وحمزة وأسد والحسن وغيرهم، وابن خسرو من طريق المقرئ والأشناني من طريق السيناني والكلاعي من طريق الوهبي عنه. قلت: وأخرجه الإمام محمد في الحجة عن مالك عن نافع بن جبير عن مطرف عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»** وأخرج حديث ابن عباس مسلم والأربعة. وفي الباب عن علي وَمعاذ وابن عمر وأبي ذر والمقداد وابن مسعود وجابر وعمران والمسور وابن عمرو وأنس وأمهات المؤمنين عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش رضي الله عنهم، وأكثرها صحيحة.

---

* رواه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة (ص ١٢٦)، والشيباني في الحجة (١٣٤/٣).

** رواه مسلم (١٠٣٧/٢)، والترمذي (٤١٦/٣)، والبخاري (٢٥٥٦/٦)، وأبو داود (٢٣٢/٢)، والنسائي (٨٤/٦، ٨٥)، وانظر: الدراية (٥٩/٢، ٦٢)، والتلخيص (١٦١/٣)، والتحقيق لابن الجوزي (٢٥٩/٢).

وإن كرهت [١].

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة ثم اختلفا في المهر فدخل بها وليس بينهما بينة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول في ذلك: لها مهر مثلها إلا أن يكون ما ادعت أقل من ذلك فيكون لها ما ادعت. وكان ابن أبي ليلى يقول: إنما لها ما سمى لها الزوج وليس لها شيء غير ذلك. وبه نأخذ [٢]. ثم قال أبو يوسف: بعد أن أقر الزوج بما يكون مهر مثلها أو

(١) وفي المبسوط ج٥ ص٢: وحجتنا في ذلك حديث أبي هريرة وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رد نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة. وفي حديث آخر قال في البكر: «يزوجها وليها، فإن سكتت فقد رضيت، وإن أبت لم تكره»* وفي رواية فلا يجوز عليها. والدليل عليه حديث الخنساء، فإنها جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة، فقال ﷺ: «أجيزي ما صنع أبوك» فقالت: ما لي رغبة فيما صنع أبي! فقال ﷺ: «اذهبي فلا نكاح لك انكحي من شئت» فقالت: أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن يعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء**. ولم ينكر عليها رسول الله ﷺ مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب، فدل أن الحكم لا يختلف. وفي الحديث المعروف: «البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها» فدل أن أصل الرضا منها، والشافعي رحمه الله لا يعمل بهذا الحديث أصلا، فإنه يقول في حق الأب والجد: لا يشترط رضاها، وفي تزويج غير الأب والجد لا يكتفى بسكوتها.

(٢) وفي المبسوط ج٥ ص٦٥ : وإذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف، وقالت المرأة ألفان، ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها، وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر جدًا. وجه قولهما أنهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالإقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة، كما لو اختلفا في بدل الخلع والعتق بمال. ولا معنى للمصير إلى تحكيم مهر المثل، لأن وجود مهر المثل عند عدم التسمية، وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى، وذلك مانع وجوب مهر المثل، ولا معنى للتحالف بينهما، لأن التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ. والدليل عليه أنه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج، ولا يصار إلى تحكيم المتعة فكذا في حال قيام العقد، لأن المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله. وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا: لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه إلا بتسمية صحيحة، فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير إلى الموجب الأصلي كالصباغ ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر فإنه يصار إلى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى. وهذا بخلاف القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر، لأنه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية. ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فإنه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم، فيشبه البيع من هذا الوجه فإذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف، بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال. وأما إذا طلقها قبل الدخول يصار إلى تحكيم المتعة على ما نص عليه في الجامع. والتفصيل في المبسوط. وقال في معنى قوله: إلا أن يأتي بشيء مستنكر جدًا: والأصح أن مراده أن يدعي شيئًا قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة.

* رواه البخاري (٦/٢٥٥٥)، وانظر: الفتح: (٩/١٩٦).
** الفتح (٤/١٨)، وسنن سعيد بن منصور (٣/٧٤٣).

قريبًا منه قبل منه وإلا لم يقبل منه.

قال: وإذا أعتقت الأمة وزوجها حر، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يجعل لها الخيار، إن شاءت اختارت نفسها وإن شاءت أقامت مع زوجها [1] وكان ابن أبي ليلى يقول: لا خيار لها. ومن حجة ابن أبي ليلى في بريرة أنه يقول: كان زوجها عبدًا [2]. ومن حجة أبي حنيفة في ذلك أنه يقول: إن الأمة لا تملك نفسها ولا نكاحها. وقد بلغنا عن رسول الله

---

(١) وفي المبسوط ج٥ ص٩٨: وإذا أعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته بإذن المولى فلها الخيار، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته، لما روي أن عائشة رضي الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله ﷺ: «ملكت بضعك فاختاري» وكان زوجها مغيث يمشي خلفها ويبكي وهي تأباه، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «ألا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له!» ثم قال: «اتقي الله فإنه زوجك وأب ولدك» فقالت أتأمرني؟ فقال: «لا إنما أنا شافع» فقالت: إذا لا حاجة بي إليه. فاختارت نفسها *. وكأن المعنى فيه أن ملك الزوج يزداد عليها بالعتق، فإن قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعدتها حيضتان، وذلك كله يزداد بالعتق وهي لا تتواصل إلى رفع هذه الزيادة إلا برفع أصل العقد، فأثبت الشرع لها الخيار لهذا، ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخا لا طلاقًا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد، وفي حق من توقف على إجازته لا يكون طلاقًا، ولأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقًا يستوي إن كان الزوج حرًا أو عبدًا عندنا، إلى أن قال: الرواة اختلفوا في زوج بريرة رضي الله عنها فروي أنه كان عبدًا وروي أنه كان حرًا عند عتقها، ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كأنه لم ينقل في ذلك شيء فيبقى الاعتماد على قول رسول الله ﷺ: «ملكت بضعك فاختاري» وفي هذا التعليل لا فرق بين أن يكون الزوج حرًا أو عبدًا.

(٢) وفي عقود الجواهر المنيفة ج١ ص١١٩ : ونقل (أي ابن التركماني) عن ابن حزم في المحلى ما ملخصه أنه لا خلاف أن من شهد بالحرية يقدم على من شهد بالرق لأن عنده زيادة علم، ثم لو لم يختلف أنه كان عبدًا هل جاء في شيء من الأخبار أنه عليه السلام إنما خيرها لأنها تحت عبد؟ هذا لا يجدونه أبدًا فلا فرق بين من يدعي أنه خيرها لأنه كان عبدًا وبين من يدعي أنه خيرها لأنه كان أسود واسمه مغيث، فالحق إذن أنه إنما خيرها لكونها عتقت فوجب تخيير كل معتقة سواء كانت تحت حر أو عبد، وإلى هذا ذهب ابن سيرين وطاوس والشعبي، وذكر ذلك عبدالرزاق بأسانيد صحيحة. وأخرجه ابن أبي شيبة عن النخعي ومجاهد، وحكاه الخطابي عن حماد والثوري وأصحاب الرأي. وفي التمهيد: وبه قال مكحول. وفي الاستذكار إنه قول ابن المسيب أيضًا، والله أعلم.

---

* رواه أبو داود (٢/٢٧٠)، والدارقطني (٣/٢٩٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٨٣)، وابن حبان (١٠/٩٦)، وانظر: التحقيق (٢/٢٧٩)، ونصب الراية (٣/٢٠٦)، والمحلى (٩/٢٣٤، ٢٣٥).

ﷺ أنه خير بريرة حين عتقت [١]. وقد بلغنا عن عائشة رضي الله عنها أن زوج بريرة كان حرًا [٢].

قال: وإذا تزوجت وزوجها غائب كان قد نعي إليها فولدت من زوجها الآخر ثم جاء زوجها الأول، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: الولد للأول وهو صاحب الفراش. وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**» [٣]. وكان ابن أبي ليلى

(١) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق علي بن يزيد عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أعتقت بريرة ولها زوج مولى لآل أبي أحمد فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها ففرق بينهما، وكان زوجها حرًا. قلت: حديث عتق بريرة وتخييرها أخرجه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه الحارثي من طريق زيد بن الحباب: سمعت أبا حنيفة، وهو في المسجد الجامع بالكوفة يسأله قوم من أهل خراسان عن زوج بريرة أكان عبدًا أو حرًا فقال: كان حرًا، فخيرها النبي ﷺ، حدثنيه حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة، وأخرجه البخاري وغيره من الأئمة، وأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجة عن أبي معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها، وأخرجه عن عباد بن العوام عن عاصم الأحول عن الشعبي عن عائشة، وأخرجه عن عباد بن العوام عن سعيد بن أبي عروبة عن إبراهيم عن الأسود قال: سألت عائشة رضي الله عنها عن زوج بريرة فقالت: كان حرًا، وأخرجه عن إبراهيم مرسلا وعن الشعبي موقوفًا.

(٣) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق محمد بن بشر عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وأخرجه محمد بن طلحة من طريق عبد الوهاب بن نجدة عن الإمام عن إسماعيل بن عياش الحمصي عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول عام حجة الوداع: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية للوارث، والولد للفراش وللعاهر الحجر...» الحديث بطوله، وأخرجه القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي في مسند الإمام من طريق أبي يوسف عنه عن علي بن مسهر عن الأعمش عن إسماعيل بن عياش —الحديث. قلت: وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وعائشة وفي حديثها قصة سودة، ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه: «لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الحجر» ورواه البيهقي عن عثمان رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، وفيه قصة. ورواه الترمذي من حديث أبي أمامة، ورواه أبو داود عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش، وفيه قصة *.

* رواه البخاري (٢/٧٢٤، ٨٥٢)، (٣/١٠٠٧)، (٤/١٥٦٥)،(٦/٢٤٨١، ٢٤٩٩،٢٤٨٤)، ومسلم (٢/١٢٨٠)، والترمذي (٣/٤٦٣)، (٤/٤٣٣)، والطحاوي (٣/١٠٤، ١١٣، ١١٤)، والبيهقي (٦/٨٦)، (٧/١٥٧، ٤٠٢)، والدارقطني (٣/٣١٣)، (٤/٢٤١)، والشافعي في مسنده (ص ١٨٧)، وأبوداود (٢/٢٨٢)، والنسائي (٦/١٨٠)، وابن ماجه (١/٦٤٦)، والحاكم (٣/٧٣١) انظر : الدراية (٢/٧٣)، والتلخيص (٤/٣).

يقول: الولد للآخر لأنه ليس بعاهر.

والعاهر: الزاني لأنه متزوج. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب ﷺ [١].

وبه نأخذ [٢].

---

(١) أخرجه الإمام محمد في دعوى الأصل، وأخرجه البيهقي من طريق هشيم عن الشيباني عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء زوجها أبوها فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية فأطال الغيبة على امرأته ومات أبو الجارية فزوجها أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي ﷺ فرد عليه المرأة، وكانت حاملا من عكرمة فوضعها على يدي عدل فقالت المرأة لعلي: أنا أحق بمالي أو عبيدالله بن الحر؟ فقال: بل أنت أحق بذلك، قالت: فأشهدك أن كل ما كان لي على عكرمة من شيء من صداقي فهو له، فلما وضعت ما في بطنها ردها إلى عبيد الله بن الحر وألحق الوليد بأبيه.

(٢) وفي كتاب الدعوى من المبسوط ج١٧ ص٦١ محتجًا للإمام في هذه المسألة: لأنه صاحب الفراش الصحيح، فإن نفيه لا يفسد فراشه، والزوج الثاني صاحب الفراش الفاسد. ولا معاوضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح، والمرأة مردودة على الزوج الأول والولد ثابت النسب منه كمن زوج أمته فجاءت بولد ثبت النسب من الزوج دون المولى وإن ادعاه المولى، لأن ملك اليمين لا يعارض النكاح في الفراش بل الفراش الصحيح لصاحب النكاح بل أولى، فإن هناك ملك اليمين عند الانفراد غير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الانفراد غير مثبت للحل، فإن نفى الأول والآخر الولد أو نفاه أحدهما أو ادعيا أو ادعاه أحدهما فهو للأول على كل حال، ولا حد ولا لعان لأنها غير محصنة حين دخل الزوج الثاني عليها بنكاح فاسد، فلا يجري اللعان بينها وبين الأول، والنسب إذا ثبت بالنكاح لا ينتفي إلا باللعان. وكان ابن أبي ليلى يقول: الولد للثاني، لأن الفراش الفاسد يثبت النسب كالفراش الصحيح أو أقوى حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفي بالنفي، ثم الثاني إليها أقرب يدًا والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبارًا للحقيقة. وذكر أبو عصمة عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبي حنيفة ﷺ أن النسب يثبت من الزوج الثاني كما هو قول ابن أبي ليلى، وفيه حديث الشعبي ذكره [أي محمد] في الكتاب (أي في الدعوى من الأصل) أن رجلا من الجعفيين زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعاوية ﷺ فزوج الجارية إخوتها، فجاء ابن الحر فخاصم زوجها إلى علي ﷺ فقال علي ﷺ: أما إنك الممالئ علينا عدونا! فقال: أيمنعني ذلك من عدلك؟ فقال: لا، فقضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال: الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر، ولو ثبت وجب القول به. وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني فهو من الزوج الأول وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا منذ تزوجها الثاني فهو الزوج الثاني سواء ادعياه أو نفياه، لأن النكاح الفاسد يلحق بالصحيح في حكم النسب، فباعتراض الثاني على الأول ينقطع الأول في حكم النسب ويكون الحكم للثاني، والتقدير فيه بأدنى مدة الحبل اعتبارًا للفاسد بالصحيح. وإنما قلنا إن الأول ينقطع بالثاني، لأن بدخول الثاني بها تحرم على الأول ويلزمها العدة من الثاني ووجوب العدة ليس إلا لصيانة الماء في الرحم، فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثاني لم يكن
=

باب الطلاق

قال: أخبرنا أبو يوسف عن الأشعث بن سوار [(١)] عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود ﷺ أنه كان يقول في الحرام: إن نوى به يمينًا فيمين وإن نوى طلاقًا فطلاق وهو ما نوى من ذلك [(٢)]. وإذا قال الرجل: كل حل على حرام، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول:

=

لوجوب العدة عليها من الثاني معنى. وعلى قول محمد رحمه الله إن جاءت به لأكثر من سنتين منذ دخل بها الثاني فهو للثاني، وإن جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها فهو للأول، لأن وجوب العدة عليها من الثاني بالدخول لا بالنكاح، والحرمة إنما تثبت على الأول لوجوب العدة من الثاني فكانت حرمتها عليه بهذا السبب كحرمتها بالطلاق، والتقدير بأدنى مدة الحبل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للمكان، فإذا جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها الثاني يتوهم أن يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثاني بها في حال حلها للأول فكان النسب ثابتًا منه، وإن جاءت به لأكثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثاني.

(١) هو أشعث بن سوار الكندي التوابيتي: جمع تابوت، الأفرق الأثرم، قاضي الأهواز كوفي. روى عن الحسن وابن سيرين وطائفة. وعنه شعبة وحفص بن غياث وهشيم، وخلق. قال الثوري: أثبت من مجالد. قال ابن معين والدارقطني ضعيف. وقال عبدالله بن أحمد الدورقي عن يحيى بن معين: أشعث ابن سوار ثقة. قلت: روى له الأربعة إلا أبا داود ومسلم متابعة والبخاري في الأدب المفرد. مات سنة ١٣٦.

(٢) وأخرجه البيهقي [٣٥١/٧] من طريق سفيان عن أشعث بن سوار عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود ﷺ أنه كان يقول: نيته في الحرام ما نوى، إن لم يكن نوى طلاقًا فهي يمين. وروى من طريق أبي مسلم عن الأنصاري عن أشعث عن الحسن في الحرام إن نوى يمينًا فيمين، وإن نوى طلاقًا فطلاق. وروى من طريق علي بن الجعد عن شريك عن مخول بن راشد عن أبي جعفر في الحرام إن نوى طلاقًا فهي تطليقة واحدة وهو أملك بالرجعة، وإن لم ينو طلاقًا فيمين يكفرها. قال (أي علي بن الجعد): وأنا شريك عن مخول عن عامر عن ابن مسعود مثله. وروي عن عمر أنه كان يجعل الحرام يمينًا. وروي عن سفيان عن حبيب بن أبي ثابت عن إبراهيم عن عمر أنه أتاه رجل قد طلق امرأته تطليقتين فقال: أنت علي حرام. فقال عمر: لا أردها عليك. وروي عن الشعبي في الرجل يجعل امرأته عليه حرامًا قال: يقولون إن عليًا جعلها ثلاثًا، قال عامر: ما قال ﷺ هذا إنما قال: لا أحلها ولا أحرمها. قال البيهقي: وروينا فيما مضى عن علي أنها ثلاث إذا نوى إلا أنها رواية ضعيفة. قلت: وقال الحافظ علاء الدين في الجوهر: وقال صاحب الاستذكار: الصحيح عن علي ﷺ أنها ثلاث، وكذا مذهب زيد إلى أن قال: وذكر البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة وغيرهم قالوا: الحرام يمين يكفرها. وهذا يرد قول الشافعي ولا يكون يمينًا، وإذا كان الحرام يمينًا فاليمين لا يكفر إلا بعد الحنث. وكلام هؤلاء محمول على ما إذا أطلق التحريم ولم يكن له نية، وكلام علي وغيره ممن جعله طلاقًا محمول على ما إذا نوى الطلاق. انتهى ما قاله الحافظ.

وروى الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم في الرجل يقول لامرأته: أنت

=

القول قول الزوج، فإن لم يعن طلاقًا فليس بطلاق وإنما هو يمين يكفرها، وإن عنى الطلاق ونوى ثلاثًا فثلاث، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة، وإن نوى طلاقًا ولم ينو عددًا فهي واحدة بائنة [١]. وكذا إذا قال لامرأته: هي علي حرام [٢]. وكذلك إذا قال لامرأته:

= علي حرام: إن نوى الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها.

قال محمد: وأما في قول أبي حنيفة فإن نوى الطلاق فهو ما نوى، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن نوى طلاقًا ولم ينو عددًا فهي واحدة بائن. وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائن، وإن نوى واحدة يملك الرجعة فهي واحدة بائن، وإن نوى ثلاثًا فهي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، وإن لم ينو طلاقًا فهي يمين، وهو مول إن تركها أربعة أشهر لا يقربها بانت بالإيلاء، وإن لم تكن له نية فهو إيلاء أيضًا، وإن نوى الكذب فليس بشيء. وهذا قول أبي حنيفة ﷺ.

(١) وفي المبسوط ج٦ ص٧١: «ولو قال: كل حل علي حرام يسأل عن نيته، فإذا نوى يمينًا فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه إلا أن ينويها فإذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خـــاصة» وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحنث وتلزمه الكفارة. فإن فتح العينين والقعود والقيام حل داخل في هذا التحريم فكان شرط الحنث عقيب التحريم موجودًا. ولكنا نقول: علمنا يقينًا أنه لم يرد به العموم لأن البر مقصود ولا تصور للبر إذا حمل على العموم، فإذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذي به قوام النفس. ولا تدخل المرأة فيه إلا أن ينويها، لأن إدخالها بدون النية لمراعاة العموم وقد تعذر ذلك، والعادة أن المرأة إذا قصدت بالتحريم تخص بالذكر «فإن نواها دخلت فيه» لأن المنوي من محتملات لفظه، ولكن لا يخرج الطعام والشراب، حتى إذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث، لأن ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين في صرف اللفظ عن ظاهره «فإذا حنث سقط عنه الإيلاء» لأن الكفـــارة لزمته وارتفعت اليمين «وإن لم يكن له نية فهو يمين يكفرها» لأن الحرمة باليمين أدنى الحرمات «وإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسألة الأولى» وعند نية الطلاق لا يكون يمينًا. لأنه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين. فإذا عملت نيته في الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين. وعلى هذا روى عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد أنه لو قال لامرأتين: أنتما علي حرام ينوي في إحداهما الطلاق وفي الأخرى اليمين أنه يكون طلاقًا فيهما جميعًا، وكذلك لو نوى في إحداهما الطلاق ثلاثًا وفي الأخرى واحدة يكون ثلاثًا فيهما جميعًا لأنه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفين «وإن نوى الكذب فهو كذب» كما بينا في الفصل الأول.

(٢) وهذه المسألة في المبسوط ج٦ ص٧٠ مبسوطة مدللة مشروحة أنقل لك بعض صورها: قال: وإن نوى الطلاق أي بالحرام لأنها مفروضة في لفظ الحرام، ولم ينو عددًا فهذه واحدة بائنة لأن نية الطلاق قد صحت فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة، وإن لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يمينًا فإن تحريم الحلال يمين، قال الله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ ﴾ جاء في التفسير أنه كان حرم مارية القبطية على نفسه، وفي بعض الروايات حرم العسل على نفسه، وروى الضحاك عن أبي بكر وعمر وابن =

خلية أو برية أو بائن أو بتة فالقول قول الزوج وهو ما نوى، إن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثًا فثلاث [(١)] بلغنا ذلك عن شريح [(٢)] وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة، وإن لم ينو طلاقًا فليس بطلاق غير أن عليه اليمين ما نوى طلاقًا. وبه نأخذ. وكان

=

مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم في هذا اللفظ أنه لو نوى الطلاق فهو طلاق وإن نوى اليمين فهو يمين، وعن ابن عمر قريبًا منه، وعن زيد ﷺ قال: يمين يكفرها. والشافعي رحمه الله يقول: تحريم الحلال لا يكون يمينًا ولكن تجب به الكفارة في الزوجة والأمة خاصة، وكذلك إن لم يكن له نية فهو يمين، لأن الحرمة الثانية باليمين دون الحرمة التي تثبت بالطلاق، وعند الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن فكان يمينًا إن قربها كفر عن يمينه للحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالإيلاء. وكذلك لو نوى الإيلاء فهو ونية اليمين سواء، وإن نوى الكذب فهو كذب لا حكم له، لأن كلامه من حيث الظاهر كذب فإنه وصفها بالحرمة وهي حلال له. قالوا: هذا فيما بينه وبين الله تعالى، فأما في القضاء فلا يدين، لأن كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعًا فلا يلغي مع إمكان الأعمال، وفي حمله على الكذب إلغاؤه. ولم يذكر في الكتاب ما لو قال: نويت به الظهار، وذكر في النوادر أنه يكون ظهارًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما نوى من محتملات لفظه، وعند محمد لا يكون ظهارًا لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار.

(١) وفي المبسوط ج٦ ص٧٢ : ولو قال: أنت مني بائن أو بتة أو خلية أو برية فإن لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبينونة تارة تكون من المنزل وتارة تكون في الصحبة والعشرة وتارة من النكاح، واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال، ولأن بدون النية معنى الطلاق مشكوك في هذا اللفظ والطلاق بالشك لا ينزل،وإن نوى الطلاق فهو كما نوى إن نوى ثلاثًا فثلاث لأنه نوى أتم أنواع البينونة فإن البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقيبه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقيبه وهو الثلاث ما لم تتزوج بزوج آخر فعملت نيته، وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة عندنا خلافًا لزفر رحمه الله. وقد بينا في الفصل الأول الكلام في هذا فإن قوله بائن كلمة واحدة فلا تحتمل العدد، وإن نوى واحدة أو نوى الطلاق فقط فهي واحدة بائنة عندنا إلخ.

(٢) روى الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عروة بن المغيرة أرسل إلى شريح وهو أمير الكوفة فسأله: يقول الرجل لامرأته: أنت طالق ألبتة؟ فقال: كان علي ابن أبي طالب ﷺ يجعلها ثلاثًا، وكان عمر ﷺ يجعلها واحدة وهو أملك برجعتها. فقال عروة بن المغيرة: فما تقول أنت؟ قال شريح: أخبرتك بما قالا، فقال عروة بن المغيرة: عزمت عليك لما قلت فيها. قال شريح: أراه قد خرج منه الطلاق وقوله «ألبتة» بدعة فنيته عند بدعته، فإن كان أراد ثلاثًا فثلاث، وإن كان أراد واحدة فواحدة بائنة وهو خاطب. ثم قال إبراهيم: وقول شريح أحب إلي من قولهما، رواه عنه الحسن بن زياد في مسنده. وأخرجه ابن خسرو أيضًا في مسنده من طريقه عنه. ورواه محمد عنه في كتاب الآثار نحو ما رواه ابن زياد. قال محمد: وبه نأخذ. وهو قول أبي حنيفة.

ابن أبي ليلى يقول في جميع ما ذكرت: هي ثلاث تطليقات لا ندينه في شيء منها ولا نجعل القول قوله في شيء من ذلك [١].

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أمرك في يدك فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثًا، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: إذا كان الزوج نوى ثلاثًا فهي ثلاث، وإن كان نوى واحدة فهي واحدة بائنة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي ثلاث ولا يسأل الزوج عن شيء [٢].

قال: وكان أبو حنيفة ﷺ يقول في الخيار: إن اختارت نفسها فواحدة بائنة، وإن اختارت زوجها فلا شيء. وبه نأخذ [٣]. وكان ابن أبي ليلى يقول: إن اختارت نفسها فواحدة يملك بها الرجعة، وإن اختارت زوجها فلا شيء.

---

(١) وفي المبسوط ج٦ ص٧١: وعلى قول ابن أبي ليلى في هذا ونظائره من الكنايات وهي ثلاث لا يدين في شيء لأنه وصفها بكونها محرمة عليه والحرمة لا تثبت صفة للمحلل إلا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين في محل واحد. وصفة الحل لا تزول إلا بالتطليقات الثلاث، فكان وقوع الطلاق موجبًا لهذا اللفظ حقيقة فلا يدين في شيء آخر، ولكنا نقول: وصفها بالحرمة أنواع ولها أسباب، فإذا نوى نوعًا أو سببًا كان المنوي من محتملات كلامه فتصح نيته.

(٢) وفي المبسوط ج٦ ص٢٣٢ : وعن ابن أبي ليلى هي ثلاث ولا يصدق في القضاء إذا قال نويت واحدة لأنه فوض إليها بهذا الكلام جنس ما يملك عليها وذلك ثلاث، ولكنا نقول: التفويض قد يكون خاصًا وقد يكون عامًا، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضًا خاصًا وهو غير مخالف للظاهر، وكذلك إن نوى الطلاق فقط، لأنه لا يثبت إلا القدر المتيقن عند الاحتمال، وكذلك إن نوى اثنتين لأن هذا نية العدد وهي لا تسع في هذا اللفظ فتكون واحدة بائنة.

(٣) وفي المبسوط ج٦ ص٢١٣ : «ثم المخيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها شيء إلا على قول علي ﷺ فإنه يقول يقع تطليقة رجعية إذا اختارت زوجها» فكأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقًا «فقال: إذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية، ولسنا نأخذ بهذا بل نأخذ بقول عمر وعبدالله بن مسعود رضي الله عنهما أنهما إذا اختارت زوجها فلا شيء» وهذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، ولم يكن ذلك طلاقًا «وإن اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا» وهو قول علي ﷺ، وعلى قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما واحدة رجعية، وعلى قول زيد ﷺ إذا اختارت نفسها فثلاث، وكأنه حمل هذا اللفظ على أتم ما يكون من الاختيار، وعمر وابن مسعود رضي الله عنهما حملا على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية، ولكنا نأخذ فيه هذا بقول علي ﷺ، لأن اختيارها نفسها إنما يتحقق إذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائنة وليس في هذا اللفظ ما يدل على الثلاث. لأن حكم ملكيتها أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة، ولهذا قلنا: وإن نوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع إلا واحدة بائنة لأن هذا مجرد نية العدد منه، وقوله «اختاري» أمر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله «أنت بائن» فنية الثلاث إنما تصح هناك باعتبار أنه نوى به نوعًا من البينونة، وهنا الاختيار لا يتنوع فبقي هذا مجرد نية العدد. قلت: فابن أبي ليلى اختار قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما إذا اختارت نفسها، ولم يذكر السرخسي قوله.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، طلقت بالتطليقة الأولى ولم يقع عليها التطليقتان الباقيتان. وهذا قول أبي حنيفة ﷺ^(١)^، بلغنا عن عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم رضي الله عنهم^(٢)^ بذلك، لأن امرأته ليست عليها عدة فقد بانت منه بالتطليقة الأولى وحلت للرجال، ألا ترى أنها لو تزوجت بعد التطليقة الأولى قبل أن يتكلم بالثانية زوجًا كان نكاحًا جائزًا؟

---

(١) وفي المبسوط ج٦ ص٨٨ في ابتداء باب من الطلاق قال ﷺ: «رجل قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق ثلاثًا تطلق ثلاثًا عندنا» وهو قول عمر وعلي وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم. وقال الحسن البصري: تقع واحدة بقوله طالق، فتبين لا إلى عدة، وقوله ثلاثًا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع بها شيء كما لو قال: أنت طالق وطالق وطالق. ولكنا نقول: الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بذكر العدد، لأن الموقع هو العدد فإذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف، ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثًا لا يقع شيء، وهذا لأن الكل كلمة واحدة في الحكم، فإن إيقاع الثلاث لا يتأتى بعبارة أوجز من هذا، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض، بخلاف قوله: أنت طالق وطالق وطالق، لأنها كلمات متفرقة «فأما إذا قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، بانت بالأولى وكان الثنتان فيما لا يملك» وهو قول علي وابن مسعود وزيد وإبراهيم «وقال ابن أبي ليلى: إذا كان في مجلس واحد يقع ثلاث تطليقات» لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد. ولكنا نقول: كل كلمة إيقاع على حدة فلا تعمل إلا في محل قابل له، فإذا بانت لا إلى عدة لم تبق محلا لوقوع عليها «ثم عند أبي يوسف تبين بالأولى قبل أن يفرغ من الكلام الثاني، وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثاني» لجواز أن يلحق بآخر كلامه شرطًا أو استثناء، ولكن هذا إنما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو، فأما بدونه لا يتحقق الخلاف، لأنه لا يلحق به الشرط والاستثناء.

(٢) ذكر البيهقي في سننه وحكى الشافعي في كتاب اختلاف العراقيين، أظنه عن أبي يوسف في الرجل يقول لامرأته لم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق فالتطليقة الأولى ولم تقع عليها الباقيتان. هذا قول أبي حنيفة، بلغنا عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طـــالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم ﷺ بذلك. قلت: ولم يسنده. وأخرج عن عمر وعلي باب إمضاء الثلاث في الرجل يطلق امرأته ثلاثًا قبل أن يدخل بها قال: هي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره. وروي عن سفيان عن عاصم بن بهدلة عن زر عن عبد الله قال: المطلقة ثلاثًا قبل أن يدخل بها بمنزلة التي قد دخل بها. وروي عن ابن عمرو وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة ﷺ نحوه. قلت: المقصود منه بكلمة واحدة، وأما إذا فصله فهو كما ذكر عنهم أبو يوسف كما أخرج أبو يوسف ومحمد في آثاريهما عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أنه قال: إذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، بانت بالأولى وكانت الثنتان فيما لا يملك، وإذا طلقها ثلاثًا جماعة فهي عليه حرام حتى تنكح زوجًا غيره، وهذا لفظ أبي يوسف. قال محمد: وبهذا نأخذ. وهو قول أبي حنيفة. قلت: وقول عمر أخرجه سعيد بن منصور أيضًا. ذكره في كنز العمال.

فكيف يقع عليها الطلاق وهي ليست بامرأته وهي امرأة غيره؟ وبه نأخذ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الثلاث التطليقات إذا كانت من الرجل في مجلس واحد ما وصفت لك.

وإذا شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته واحدة وشهد آخر أنه طلقها اثنين، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: شهادتهما باطلة لأنهما قد اختلفا. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها من ذلك تطليقة لأنهما قد اجتمعا عليها. وبهذا نأخذ (١).

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثًا وقد دخل بها، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول في ذلك: لها السكنى والنفقة حتى تنقضي عدتها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها

---

(١) قلت: وهو وقول محمد أيضًا. قال السرخسي في ج٦ ص١٤٨ من مبسوطه: وإذا شهد شاهد على تطليقتين وشاهد على ثلاث والزوج يجحد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد بتطليقة والآخر بثلاث، لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما وابن أبي ليلى تقبل على الأقل، لأن المعتبر اتفاق الشاهدين في المعنى دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالتخلي تقبل، وقد اتفق الشاهدان على الأقل، لأن الأقل موجود في الأكثر فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي الأكثر تقبل شهادتهما على الأقل. إلى أن قال: ثم لو ادعى ألفين وشهد شاهدان بألف تقبل الشهادة بالاتفاق. فكذلك إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين ينبغي أن تقبل على الأقل. وأبو حنيفة يقول: اختلف الشاهدان في المشهود به لفظًا ومعنى فلا تقبل الشهادة، كما لو قال أحدهما إنه قال لها: خلية والآخر إنه قال لها: أنت برية، وإنما قلنا ذلك لأن أحدهما شهد بالواحدة والآخر بثنتين أو بثلاث، والواحدة أصل العدد لا تركب فيها والاثنان والثلاث اسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة، ومن حيث إن اللفظ الواحد غير التثنية والجمع. والدليل عليه أنه مدعي الاثنين أو الثلاثة لا يكون مقرًا بالواحد إذ لو كان مقرًا بالواحد لكان مرتدًا بالشرك بعد ذلك فينبغي أن تقبل، ولأن التطليقتين اسم واحد والتطليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزياد ونصر وناصر، وكذلك في آلاف والألفين، وإذا ثبت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضي من القضاء بشيء. بخلاف الألف مع الألف وخمسمائة فإنهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر فيجعل الاتفاق بينهما على الألف لفظًا ومعنى.

كذلك في قوله طالق وطالق وفي قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فإن الاتفاق هناك في اللفظ ليس بشرط، فأما بين الشهادتين الموافقة في اللفظ شرط. ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل وشهد شاهدان بالإقرار به تقبل، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالإقرار به لا تقبل؟ وهذا لأن الشهادة تعتمد اللفظ، ألا ترى أنها لا تقبل ما لم يقل: أشهد؟ والذي يبطل مذهبهما ما ذكر في كتاب الرجوع: لو شاهدان بتطليقة وشاهدان بثلاث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة؟ ولو اعتبر ما قالا أن الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعًا.

السكنى وليس لها النفقة [١]. وقـــال أبو حنيفة ﷺ: لم وقد قال الله عز وجل في كتـــابه: ﴿ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وبلغنا عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه جعل للمطلقة

---

(١) وفي المبسوط ج٥ ص٢٠١: فأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة عندنا، وعلى قول الشافعي لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا، وعلى قول ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة في العدة. واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت: «طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى»* إلا أن في صحة هذا الحديث كلامًا، فإنه روي أن زوج فاطمة أسامة بن زيد رضي الله عنهما كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده . وعن عائشة رضي الله عنها قالت : تلـــك المرأة فتنت العالم، أي بروايتها هذا الحديث. وقال عمر بن الخطاب ﷺ: لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا ﷺ بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت حفظت أن نسيت؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة». وتأويله إن ثبت من وجهين: أحدهما أن زوجها كان غائبًا فإنه خرج إلى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق عليها خبز الشعير فأبت هي ذلك، ولم يكن الزوج حاضرًا ليقضي عليه بشيء آخر. والثاني أنها كانت بذيئة اللسان على ما روي أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها. فأمرها رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ﷺ، فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى. ثم لا خلاف في استحقاقها السكنى، فإنه منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ .... ﴾ الآية، وقال تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم ﴾ فعلماؤنا قالوا: النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح، وهذ العدة حق من حقوق النكاح. فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة، وباستحقاق السكنى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها ما دامت في العدة، وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد، ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه في كسبه لما له فيه من ملك اليد؟ ولا يدخل عليه نفقة المرهون، فإنه لا يكون على المرتهن مع ملك اليد له، لأن ملك اليد للمرتهن في المالية دون العين فإن يده يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين. ثم ذكر نفقة الحامل واستواء الحامل والحائل فيها بالدلائل، فمن شاء الاطلاع عليها فليرجع إليه. قلت: وما روي عن عمر أخرجه مسلم والترمذي من طريق أبي إسحاق عن الأسود، ورواه القاضي إسماعيل والطحاوي عن حجاج بن منهال عن حماد بن سلمة عن الشعبي عن النخعي عن عمر. وفيه سمعت رسول الله يقول: «لها السكنى والنفقة» ذكره الحافظ علاء الدين التركماني في الجوهر النقي، وذكره ابن حزم أيضًا وأدخل بين حماد والشعبي حماد بن أبي سليمان. وليس هذا اللفظ عند مسلم والترمذي.

---

* رواه أبوداود (٢/٢٨٧)، والنسائي (٦/١٤٤)، والدارمي (٢/٢١٨)، وانظر : الدراري المضية للشوكاني(ص/ ٢٩٠) وسبل السلام (٣/١٩٨).

ثلاثًا السكنى والنفقة [١].

قال: وإذا آلى الرجل من امرأته فحلف لا يقربها شهرًا أو شهرين أو ثلاثًا، لم يقع عليه بذلك إيلاء ولا طلاق، لأن يمينه كانت على أقل من أربعة أشهر. حدثنا بذلك سعيد بن أبي عروبة[٢] عن عامر الأحول[٣] عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما [٤] وهو قول أبي حنيفة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مول منها إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء، والإيلاء: تطليقة بائنة [٥].

---

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن عمر أنه كان يجعل للمطلقة ثلاثًا السكنى والنفقة فقالت فاطمة بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثًا فلم يجعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة، فقال عمر: «لا نأخذ بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت وندع كتاب الله». وأخرجه الأشناني من طريق عبيد الله بن موسى عنه. وأخرجه الحارثي من طريق خلف بن ياسين الزيات عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر موصولا. وأخرجه الحسن بن زياد عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن فاطمة وعمر رضي الله عنهما. وأخرجه ابن خسرو من طريق ابن زياد عنه. قلت: وأخرجه مسلم والترمذي من طريق أبي إسحاق عن الأسود، وكذلك ابن أبي شيبة والبيهقي.

(٢) هو سعيد بن أبي عروبة مهران اليشكري مولاهم، أبو النضر البصري الحافظ العلم. روى عن الحسن والنضر بن أنس حديثًا واحدًا وأبي التياح ومطر الوراق، وخلق. وعنه شعبة وابن علية ويزيد بن زريع ومحمد بن جعفر وخلق. قال ابن معين: ثقة من أثبتهم في قتادة. وقال أبو حاتم: ثقة قبل أن يخلط. وقال دحيم: اختلط سنة خمس وأربعين ومائة. وقال النسائي: لم يسمع من عمرو بن دينار وزيد بن أسلم والحكم بن عتيبة. قلت: روى له الستة. مات سنة ١٥٦.

(٣) هو عامر بن عبد الواحد البصري الأحول. روى عن شهر بن حوشب ومكحول وسواهما، وعنه سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي. وثقه أبو حاتم. قال ابن معين: ليس به بأس، وقال أحمد: ليس بالقوي. قلت: روى له الستة إلا أن البخاري في جزء القراءة له. وذكره ابن حبان في الثقات.

(٤) وورواه أبو يوسف في كتاب الآثار أيضًا بهذا السند، ولفظه: «من آلى من امرأته شهرًا أو شهرين أو ثلاثًا أو ما دون الأربعة فليس عليه إيلاء» قال وذكر أبو حنيفة عنه نحو هذا، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضًا في مصنفه من طريق عطاء عن ابن عباس بإسناد صحيح، وأخرجه البيهقي من طريق موسى بن إسماعيل ويونس بن محمد عن أبي قدامة الحارث بن عبيد عن عامر الأحول بسنده المذكور، ولفظه «وكان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء».

(٥) وفي المبسوط ج٧ ص٢٢: وإذا حلف لا يقربها أقل من أربعة أشهر لم يكن موليًا عندنا، وقال ابن أبي ليلى: هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة، وهكذا كان أبو حنيفة يقول في الابتداء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما: «لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر» رجع عن قوله. وابن أبي ليلى استدل بظاهر الآية: قال الله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ والإيلاء هو

وإذا حلف الرجل لا يقرب امرأته في هذا البيت أربعة أشهر فتركها أربعة أشهر فلم يقربها فيه ولا في غيره، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس عليه في هذا الإيلاء، ألا ترى أن له أن يقربها في غير ذلك البيت ولا تجب عليه الكفارة؟ وإنما الإيلاء كل يمين تمنع الجماع أربعة أشهر لا يستطيع أن يقربها إلا أن يكفر يمينه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء (١) والإيلاء تطليقة بائنة.

قال: وإذا ظاهر الرجل من امرأته فقال: أنت علي كظهر أمي يومًا أو وقت وقتًا أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ يقول: هو مظاهر منها لا يقربها في ذلك الوقت حتى يكفر الظهار، فإذا مضى ذلك الوقت سقطت عنه الكفارة وكان له أن يقربها بغير كفارة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مظاهر منها أبدًا، وإن مضى ذلك الوقت فهو مظاهر لا يقربها حتى يكفر كفارة الظهار (٢).

قال: وإذا ارتد الزوج عن الإسلام وكفر، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: بانت منه امرأته إذا ارتد، لا تكون مسلمة تحت كافر. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي امرأته على حالها حتى يستتاب، فإن تاب فهي امرأته، وإن أبى قتل وكان لها ميراثها منه (٣).

=

اليمين، فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة، ولكنا نقول: المولى من لا يملك قربان امرأته في المدة إلا بشيء يلزمه، وإذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر من غير أن يلزمه شيء، فلم يكن موليًا في ترك مجامعتها مدة بغير يمين.

(١) وفي المبسوط ج٧ ص٢٥: وإن حلف لا يقربها في مكان كذا أو في مصر كذا أو قال في أرض العراق، لم يكن موليًا عندنا. وقال ابن أبي ليلى: هو مول لأنه قصد الإضرار والتعنت بيمينه فلزمه حكم الإيلاء. ولكنا نقول: اليمين إذا وقعت بمكان توقتت به فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة من غير أن يلزمه شيء، فلا يتحقق به منع حقها في الجماع.

(٢) وفي المبسوط ج٥ ص٢٣٢: وإن قال: أنت علي كظهر أمي اليوم فهو كما قال لا يقربها في ذلك اليوم حتى يكفر، فإذا مضى اليوم بطل الظهار. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: هو مظاهر أبدًا حتى يكفر، وقاس هذا بالحرمة الثابتة بالطلاق في أنه لا يتوقت بالتوقيت، ولكنا نقول: موجب الظهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة، وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة، وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل، والحرمة بسبب اليمين، فإذا احتمل التوقيت صح توقيته ولا يبقى بعد مضي الوقت، بخلاف الطلاق فالحرمة هنا باعتبار زوال الملك أو لانعدام محل الحل وذلك لا يحتمل التوقيت، وعلى هذا لو قال: أنت علي كظهر أمي شهرًا أو حتى يقدم فلان، فهو كما قال، ويسقط بمضي الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضي وقتها.

(٣) وفي المبسوط ج٥ ص٥٩: وابن أبي ليلى يقول: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد، فإن تاب فهي امرأته، وإن مات أو قتل ورثته، وجعل هذا قياس إسلام أحد الزوجين على ما بينا. ولكنا نقول: الردة تنافي النكاح، واعتراض سبب المنافي للنكاح، موجب

=

قال: وإذا رجعت المرأة من أهل الإسلام إلى الشرك، كان هذا والباب الأول سواء في قولهما جميعًا، غير أن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يعرض على المرأة الإسلام، فإن أسلمت خلى سبيلها، وإن أبت حبست في السجن حتى تتوب ولا تقتل. بلغنا ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما (١).

للفرقة بنفسه كالمحرمية، فأما اختلاف الدين عينه لا ينافي النكاح، حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية، وكذلك الإسلام لا ينافي النكاح، فإن النكاح نعمة وبالإسلام تصير النعم محرزة له، فلهذا لا تقع الفرقة هناك إلا بقضاء القاضي بعد إباء الآخر. ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر إن كان لم يدخل بها، ونفقة العدة إن كان دخل بها وإن كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها إن كان قبل الدخول، وليس لها نفقة العدة بعد الدخول. والكلام في أن هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بينا.

(١) أخرجه أبو يوسف في خراجه عن الإمام عن عاصم عن زر عن ابن عباس قال: «لا تقتل النساء إذا هن ارتددن عن الإسلام ولكن يحبسن ويدعين إلى الإسلام ويجبرن عليه»* وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه ومحمد في الآثار عنه وقال عن أبي رزين في مكان زر، ولفظه «لا يقتل النساء إذا ارتددن عن الإسلام ويجبرن عليه»** وأخرجه الدارقطني، وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق الإمام، وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم، وأخرجه الدارقطني عن الثوري عن الإمام عن عاصم. وروى الدارقطني عن خلاس عن علي: المرتدة تستتاب ولا تقتل. وروى عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد (أي الأنصاري) أن عمر أمر في أم ولد تنصرت أن تباع في أرض ذات موتة عليها ولا تباع في أهل دينها، وروى الطبراني عن معاذ أن النبي ﷺ قال له حين بعثه إلى اليمن: «أيما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها فإن تابت فاقبل منها وإن أبت فاستتبها» وإسناده ضعيف***، وعن أبي هريرة أن امرأة ارتدت على عهد رسول الله ﷺ فلم يقتلها، أخرجه ابن عدي في ترجمته حفص بن سليمان الأسدي وهو ضعيف عند أهل الحديث. فمن تأمل في هذه الطرق علم أن للحديث أصلا، بل يرتقي بكثرة الطرق والشواهد إلى الحسن. وقد تابع الإمام أبو مالك النخعي وحديثه صاف عن الغبار لأن رواته ثقات، وتابعه الثوري كما هو عند عبد الرزاق والدارقطني، وهو مذهب الثوري، ذكره ابن عبد البر، وهذا دليل صحة الحديث عنده. وفي التمهيد: وروى قتادة عن خلاس عن علي مثله، وهو قول الحسن وعطاء.

---

* رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/٤٤٢) والدارقطني في سننه (٣/٢٠١).

** رواه ابن أبي شيبة (٦/٤٤٢)،و الدارقطني (٣/٢٠١)، وانظر: الدراية (٢/١٣٧)، ونصب الراية (٣/ ٤٥٧).

*** رواه الطبراني كما في المجمع (٦/٢٦٣)، وقال : فيه سامر لم يسم ، قال مكحول عن ابن أبي طلحة اليعمري بقية رجاله ثقات. وانظر : الدراية (٢/١٣٦)، وضعفه الحافظ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: إن لم تتب قتلت. وبه نأخذ (١). ثم رجع إلى قول أبي حنيفة ﷺ. وكيف تقتل وقد نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء في الحروب من أهل الشرك (٢)؟ فهذه مثلهم.

(١) وفي المبسوط ج١٠ ص١٠٨: ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجبر على الإسلام عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: تقتل إن لم تسلم. هكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى في الابتداء ثم رجع. وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنها تخرج في كل قليل وتعزر تسعة وثلاثين سوطًا، ثم تعاد إلى الحبس إلى أن تتوب أو تموت. واستدل الشافعي بقوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»* وهذه الكلمة تعمّ الرجال والنساء كقوله تعالى: ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ وتبين أن الموجب للقتل تبديل الدين، لأن مثل هذا في لسان صاحب الشرع لبيان العلة، وقد تحقق تبديل الدين منها.

وفي الحديث أن النبي ﷺ قتل مرتدة يقال لها أم مروان إلخ وأطال حجته قال: وحجتنا في ذلك نهي النبي ﷺ عن قتل النساء، وفيه حديثان: أحدهما: ما رواه رباح بن ربيعة ﷺ أن النبي ﷺ رأى في بعض الغزوات قومًا مجتمعين على شيء فسأل عن ذلك فقالوا: ينظرون إلى امرأة مقتولة فقال: لو أحد أدرك خالدًا وقال له: لا تقتلن عسيفًا ولا ذرية! والثاني: حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رأى امرأة مقتولة فقال: «من قتل هذه؟» قال رجل: أنا يا رسول الله، أردفتها خلفي فأهوت إلى سيفي لتقتلني، فقال: ما شأن قتل النساء؟ وارها ولا تَعُدْ! ولما رأى رسول الله ﷺ يوم فتح مكة امرأة مقتولة فقال: ها ما كانت هذه تقاتل! ففي هذا بيان أن استحقاق القتل بعلة القتال، وأن النساء لا يقتلن لأنهن لا يقاتلن. وفي هذا لا فرق بين الكفر الأصلي وبين الكفر الطارئ. وما روي من الحديث غير مجري على ظاهره، فالتبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم، فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فنخصه ونحمله على الرجال بدليل ما ذكرنا. والمرتدة التي قتلت كانت مقاتلة، فإن أم مروان كانت تقاتل وتحرض على القتال، وكانت مطاعة فيهم إلخ وأطال الاحتجاج. قلت: وفي حديث ابن عمر «نهى عن قتل النساء والصبيان» متفق عليه. وأما حديث رباح ابن ربيعة الذي ذكره فأخرجه أبو داود وابن حبان وأحمد والنسائي والطحاوي.

(٢) روى أبو داود من حديث أنس: [٧/١٩٦- عون]: «لا تقتلوا شيخًا فانيًا ولا صغيرًا ولا امرأة» وعند البخاري ومسلم عن ابن عمر: «نهى عن قتل النساء والصبيان». وأخرج أبو داود عن رباح بن الربيع بن صيفي: كنا مع رسول الله ﷺ في غزوة فرأى الناس مجتمعين فبعث رجلا فقال: انظر، فقال: امرأة قتيل، فقال: «ما كانت هذه لتقاتل» وأخرجه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه، وفي رواية لأبي داود في حديث الصعب بن جثامة. وقال الزهري: ثم نهى بعد ذلك عن قتل النساء والصبيان. وروى الطحاوي عن ابن بريدة [٣/٢٢١] كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية قال لهم: «لا تقتلوا وليدًا ولا امرأة» وروي عن أبي سعيد: نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والولدان قال: هما لمن غلب. وروي عن ابن عمر أنه نهى عن قتل النساء والصبيان.

وروي عن كعب بن مالك رفعه: نهى الذين قتلوا ابن أبي الحقيق حين خرجوا إليه عن قتل الولدان =

* رواه البخاري (٣/١٠٩٨) ، (٦/٢٥٣٧).

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هو كما قال. وأي امرأة تزوجها فهي طالق واحدة[1]. وبهذا نأخذ[2]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع عليه الطلاق، لأنه عمم فقال: كل امرأة أتزوجها، فإذا سمى امرأة مسماة أو مصرًا بعينه أو جعل ذلك إلى أجل، فقولهما فيه سواء، ويقع به الطلاق.

قال: وإذا قال الرجل لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق أو قال: إذا تزوجت إلى كذا وكذا من الأجل امرأة فهي طالق، أو قال: كل امرأة أتزوجها من قرية كذا وكذا فهي طالق، أو من بني فلان فهي طالق، فهما جميعًا كانا يقولان: إذا تزوج تلك فهي طالق،

= والنساء. وروي عن حنظلة الكاتب: كنت مع رسول الله ﷺ فمر بامرأة لها خلق وقد اجتمعوا عليها، فلما جاء أفرجوا، فقال: ما كانت هذه تقاتل، ثم أتبع رسول الله خالدًا أن لا تقتل امرأة ولا عسيفًا. قلت: ورواه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه أيضًا، وفيه ذرية، مكان امرأة *.

(١) وفي المبسوط ج٦ ص٩٦ : ولو قال لامرأة: كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثًا فهو كما قال، يقع عليها ثلاث كلما تزوج بها إلخ قال: وهذه المسألة تنبني على أصلنا أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص، وهو قول ابن عباس، فإنه سئل عمن يقول لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، فتلا عليه قوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ وقال: شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله، وعلى قول ابن أبي ليلى إن خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين، وإن عم فقال: كل امرأة لا تنعقد وهو قول ابن مسعود ﷺ لما فيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه. قلت: فرض المسألة في كلما والمرأة المعينة، ولم يذكر الحجة على ابن أبي ليلى واحتج للشافعي ثم احتج عليه، وأجاب عن الإمام وأطال. وقال في ص٩٨: وإذا قال لامرأة: إذا تزوجتك أو إذا ما تزوجتك أو إن تزوجتك أو متى تزوجتك، فهذا كله للمرة الواحدة، لأنه ليس في لفظه ما يدل على التكرار، فإن كلمة إن للشرط وإذا ومتى لوقت بخلاف ما لو قال: كلما تزوجتك، لأن كلمة (كلما) تقتضي التكرار فلا يرتفع اليمين بالتزويج مرة، ولكن كلما تزوجها يصير عند التزويج كالمنجز للطلاق.

(٢) وفي المبسوط ج٦ ص١٣٠ : وإذا قال: كل امرأة أتزوجها أبدًا فهي طالق، فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية، لم تطلق، لأن كلمة كل تقتضي جميع الأسماء لا تكرار الأفعال، فإنما يتجدد وقوع الطلاق بتجدد الاسم، ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة، بخلاف كلمة كلما فإنها تقتضي تكرار الأفعال، وإنما قلنا ذلك، لأن مقتضى كلمة (كل) الجمع فيما يتعقبها والذي يتعقب الكل الاسم دون الفعل، يقال: كل رجل وكل امرأة، ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل، والذي يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم، يقال كلما ضرب وكلما دخل، ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو.

---

* التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٣٣٧/٢)، ونصب الراية (٤٤٦/١)، (٤٠٧/٣، ٤٥٧)، وتلخيص الحبير (٤٨/٤)، والدراية (١٣٦/٢)، وتحفة المحتاج (٤٦٩/٢)، والدراري المضية (ص٤٤٤).

وإن دخل بها فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لها مهر ونصف مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق الذي وقع عليها قبل الدخول. وبه نأخذ[١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر، ويفرق بينهما في قولهما جميعًا.

قال: إذا قذف الرجل امرأته وقد وطئت وطئًا حرامًا قبل ذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا حد عليه ولا لعان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى: عليه الحد[٢]. ولو قذفها غير زوجها لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه الحد[٣]

---

(١) ونظير هذه المسألة مسألتان: مسألة ذكرت في ص١٣٢ ج٦ من المبسوط تشابهان هذه المسألة، ولم يذكر السرخسي في كتبه التي ذكرت هنا قال: «وإن قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت حين تزوجها إن مات أو لم يمت» لأنها بنفس العقد استحقت اسم الأولية بصفة التفردية «فإن دخل بها فلها مهر ونصف مهر: نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول، ومهر بالدخول بها» لأن الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء، والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر، فإذا سقط الحد بشبهة وجب المهر. ومسألة ذكرت في ص ١٢٩ وهي ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة. لم يذكر هذا (أي محمد) في الأصل. قال أبو يوسف في الأمالي: تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف، وقال محمد: تطلق ثلاثًا وعليه لها أربعة مهور ونصف، ذكره في الرقيات. وجه تخريج أبي يوسف أنه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول، ثم لما تزوجها وقعت تطليقة أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رجعية عنده، لأنه تزوجها قبل انقضاء عدتها منه، وبنفس التزوج وجب مهر آخر، وذلك مهران ونصف، ثم بالدخول يصير مراجعًا والتزوج الأول وقعت تطليق ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول وكذلك والتزوج في المرة الثالثة لغو فعنده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف. وتخريج قول محمد أن بالتزوج الثاني والثالث، لأن عنده وإن حصل التزوج في العدة لا يخرج به الطلاق من أن يكون واقعًا قبل الدخول، فتطلق ثلاثًا، وعليه أربعة مهور ونصف. ولو قال: كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسألة بحالها، فعند محمد هذا والأول سواء، وعند أبي يوسف تطلق ثلاثًا بكل تزوج تطليقة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف، لأن بالعقد الثاني والثالث في العدة كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام، وكذلك يجب بكل دخول مهر تام، فإذا جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفًا.

(٢) وفي باب اللعان من المبسوط ج٧ ص٤١: وإذا قذف امرأته وقد زنت فلا حد عليه ولا لعان، لأنها ليست بمحصنة، وهو صادق فيما رماها به من الزنا. وكذلك إن وطئت وطئًا حرامًا، يريد الوطء بشبهة، وعن أبي يوسف قال: يلاعنها. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن هذا الوطء مثبت للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الإحصان كوطء المنكوحة في حالة الحيض، ولكنا نقول: وطء غير المملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الإحصان، ولكن لا يجب به الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لإيجابه، فلو أوجبنا على قاذفها الحد واللعان كان فيه إيجاب الحد بالشبهة، وبهذا فارق حكم النسب والعدة، لأنه يثبت مع الشبهة.

(٣) ونظير هذه المسألة في المبسوط ج٩ ص١١٦: باب الشهادة في القذف قال: ومن قذف الزاني

ينبغي في قول ابن أبي ليلى أن يكون مكان الحد اللعان.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: لا حاجة لي فيك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: ليس هذا بطلاق وإن أراد به الطلاق. وبه نأخذ[١]. [وكان ابن أبي ليلى يقول: هي تطلق ثلاثًا][٢] وقال أبو حنيفة ﷺ: وكيف يكون هذا طلاقًا وهو بمنزلة: لا أشتهيك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك؟ فليس في شيء من هذا طلاق.

قال: وإذا قذف الرجل وهو عبد امرأته وهي حرة وقد أعتق نصف العبد أحد الشريكين وهو يسعى للآخر في نصف قيمته، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: هو عبد ما بقي عليه شيء من السعاية وعليه حد العبد. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حر وعليه اللعان. وبه نأخذ. وكذلك لو شهد شهادة أبطلها أبو حنيفة وأجازها ابن أبي ليلى. ولو قذف رجل هذا العبد الذي يسعى في نصف قيمته لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة ﷺ، لأنه بمنزلة العبد، وكان على قاذفه الحد في قول ابن أبي ليلى. وبه نأخذ[٣]. ولو قطع

=

بالزنا فلا حد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهمًا. وحكي عن إبراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا بعينه أو بالزنا مبهمًا فعليه الحد، لأن الرمي موجب للحد إلا أن يكون الرامي صادقًا وإنما يكون صادقًا إذا نسبه إلى ذلك الزنا بعينه ففيما سوى ذلك فهو كاذب ملحق الشين به، ولكنا نقول: رمي المحصن موجب للحد بالنص، قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾ والمحصن لا يكون زانيًا، فقاذف الزاني بالزنا قاذف غير محصن، وهو صادق في نسبته إلى أصل الزنا فلا يكون ملتزمًا للحد.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا، أفاده في المبسوط بقوله: عندنا. واحتج السرخسي لابن أبي ليلى فقال: لأنه نفى حاجته فيها على الإطلاق وحقيقة ذلك إذا صارت محرمة عليه، وأما ما دامت محللة في حقه فله فيها حاجة طبعًا أو شرعًا، لأن النساء خلقن لحوائج الرجال إليهن فكان هذا وقوله: أنت محرمة علي سواء، ولكنا نقول: قوله لا حاجة لي فيك بمنزلة قوله: لا أشتهيك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك، وليس في شيء من هذه الألفاظ ما يدل على الطلاق، والنية متى تجردت عن لفظ يدل عليه كان باطلا. والأصل فيه ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ فلم يرغبها رغبة فقال: «لا حاجة لي إلى النساء» الحديث. ومعلوم أنه ما كان الطلاق من محتملات لفظه ذلك.

(٢) زيادة من المبسوط، وسقطت هذه الجملة من الأصل، ولا بد منها ليعلم بها اختلافهما.

(٣) وفي المبسوط ج٧ ص٣٠٢ باب عتق العبد بين الشركاء: أكثر مسائل هذا الباب تنبني على أصل أبي حنيفة رحمه الله، فإن العتق عنده يتجزى حتى إن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار في النصف الباقي إن شاء أعتقه وإن شاء استسعاه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة

=

هذا العبد يد رجل متعمدًا لم يكن عليه القصاص في قول أبي حنيفة ﷺ. وبه نأخذ، وهو بمنزلة العبد، وكان عليه القصاص في قول ابن أبي ليلى، وهو بمنزلة الحر في كل قليل أو كثير أو حد أو شهادة أو غير ذلك، وهو في قول أبي حنيفة ﷺ بمنزلة العبد ما دام عليه درهم من قيمته. وكذلك هو في قولهما جميعًا لو أعتق جزءًا من مائة جزء أو بقي عليه جزء من مائة جزء من كتابته إن شاء الله تعالى. وإن كان أمة بين اثنين ولها زوج عبد أعتقها أحد موليها وقضى عليها بالسعاية للآخر، لم يكن لها خيار في النكاح في قول أبي حنيفة حتى تفرغ من السعاية وتعتق، وكان لها الخيار في قول ابن أبي ليلى يوم يقع العتق عليها. وبه نأخذ [1]. ولو طلقت يومئذ كانت عدتها وطلاقها في قول أبي حنيفة ﷺ عدة أمة وطلاق أمة، وكانت عدتها وطلاقها في قول ابن أبي ليلى عدة حرة وطلاق حرة. ولو لم يكن لها زوج وأرادت أن تتزوج لم يكن لها ذلك حتى يأذن الذي له عليها السعاية. فهي في قول أبي حنيفة بمنزلة الأمة، وفي قول ابن أبي ليلى بمنزلة الحرة.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحي

والسلام: «من أعتق شقصًا من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك»* إلى أن قال: واستدل أبو حنيفة بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقصًا له في عبد فإن كان موسرًا فعليه خلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رق» وقال علي ﷺ: يعتق الرجل من عبده ما شاء. وتأويل قوله ﷺ «فهو حر كله» سيصير حرًا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيانًا أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه، وهو مذهبنا، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيتجزأ في المحل كالبيع. وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق، فالرق اسم لضعف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق في المحل، كما لا يكون حيًا إلا باعتبار صفة الحياة في المحل، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له، فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزي فإنما يزول بقدر ما يزيله، ولهذا لا يعتق شيء منه بإعتاق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ، وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ إلخ وأطال وأجاد. قلت: ولم يذكر هذه المسألة بصورتها في المبسوط وإنما هي متفرقة في الأبواب: اللعان، وحد القذف، والعتاق.

(١) وهو قول محمد أيضًا كما علم سابقًا من أصلها، وهذه المسألة إلى ختمها وهو قوله: بمنزلة الحرة من تفريعات المسألة المذكورة قبلها، والفروع في هذا الباب بنيت على أصل واحد وهو أن العتق يتجزى عند الإمام دون ابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد، رضي الله عنهم.

---

* رواه البخاري (٢/٨٨٢)، ومسلم (٢/١١٤٠).

هو أو ميت أو فلان ميت قد علم بذلك، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يقع عليها الطلاق. وبهذا نأخذ [١]. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق. قال أبو حنيفة: وكيف يقع عليها الطلاق ولم يشأ فلان؟ قال: وإذا قذف الرجل امرأته وقامت لها البينة وهو يجحد، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يلاعن. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يلاعن ويضرب الحد [٢].

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له مولاه: طلقها، فإن أبا حنيفة كان يقول: ليس هذا بإقرار بالنكاح إنما أمره بأن يفارقها فكيف يكون هذا إقرارًا بالنكاح؟ وبه نأخذ[٣]. وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار بالنكاح.

---

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا. قال السرخسي في مبسوطه: ولو قال لها: أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحي أم ميت أو فلان ميت علم بعد ذلك. لم تطلق عندنا. وقال ابن أبي ليلى: هي طالق لأنه لا يتحقق مشيئة فلان بعد موته، ويبقى أصل الإيقاع فيقع الطلاق، ولكنا نقول: التعليق بشرط لا يكون له تحقيقًا للنفي فيخرج به كلامه من أن يكون إيقاعًا. وهذا لأن التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إيقاعًا إلى أن يوجد الشرط. وإذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعًا أصلا.

(٢) وفي المبسوط ج٧ ص٤٤: وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما. وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد. أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم. ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد. ولكنا نقول: إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه؟ لهذا لا يحد.

(٣) وفي الهداية: «وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى: طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد، لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقًا ومفارقة، وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى، فكان الحمل عليه أولى. وقال في العناية: ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد: طلقتك كان متاركة؟ وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة، لأنه أليق بحال العبد المتمرد، وقوله: أو هو أي الرد أدنى، لأنه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع «فكان الحمل عليه الأولى». فإن قيل: قوله طلقها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف مجاز في المتاركة، والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز؟ أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك، وهي الافتيات على رأي المولى «وإن قال: طلقها تطليقة رجعية أو تطليقة تملك الرجعة فهذا إجازة، لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتعين الإجازة. وفي المبسوط: وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال مولاه: طلقها فهذا لا يكون إجازة للنكاح عندنا، وعند ابن أبي ليلى هو إجازة، لأنه أمره بإيقاع الطلاق، والطلاق لا يقع إلا بعد صحة النكاح. ولكنا نقول: قوله طلقها بمنزلة قوله: فارقها أو دعها أو اتركها أو خل سبيلها، وشيء من هذا لا يكون إجازة للنكاح. يوضحه أن الطلاق مشتق من الإطلاق وهو الإرسال، وفي إجازة النكاح إثبات القيد، فالأمر بالإرسال لا يكون إثباتًا للقيد منه.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة بائنة فأراد أن يتزوج في عدتها خامسة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أجيز ذلك وأكرهه[(١)] له، وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز، وبه نأخذ.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثًا وهو مريضٌ، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها منه وبه نأخذ[(٢)]، وكان ابن أبي ليلى يقول: لها

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٠٨ : رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد ما دخل بها ، ثلاث أو واحدة بائنة أو خلعها، لم يجز له أن يتزوج أخرى مادامت في العدة، لأن حرمة ما زاد على الأربع كحرمة الأختين، فكما أن هناك العدة تعمل على حقيقة النكاح في المنع فكذا هنا . وقال في ص ٢٠٢: ولا تتزوج المرأة في عدة أختها منه من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن أو غير بائن، وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى إن كانت تعتد منه من طلاق رجعي فليس له أن يتزوج أختها وإن كان من ثلاث أو خلع فله أن يتزوج أختها في عدتها. وقد روي مثل مذهبه عن زيد زيد عن هذا القول، وذكر الطحاوي رحمه الله قول زيد الآخر أنه ليس له أن يفرق بينهما، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم.

وقال عبيدة السلماني: ما اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت، والمحافظة على الأربع قبل الطهر، وذكر سليمان بن يسار عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم المنع من نكاح أخت المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث.

وكان الحسن البصري رحمه الله يقول: إن كانت حاملا فليس له أن يتزوج أختها، وإن كانت حائلا فله أن يتزوجها، ثم ذكر حجة الشافعي ثم حجة الإمام وصاحبيه، وفصل وأطال.

(٢) وفي المبسوط ج٤ ص ١٥٤: وإذا طلق المريض امراته ثلاثًا أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة، فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان ترث منه، وهو قولنا.

وقال ابن أبي ليلى : وإن مات بعد انقضاء عدتها ترث منه ما لم تتزوج بزوج آخر ، وهو قول الشافعي، وقال مالك رحمه الله تعالى: وإن مات بعد ما تزوجت بزوج آخر فلها الميراث منه.

وجه القياس أن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات، والحكم لا يثبت بدون السبب، كما لو كان طلقها قبل الدخول، ولأن الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجية أخرى. ولو انقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان في صحته أو في مرضه، فكذلك إذا انقطعت الزوجية ، ولكنا استحسنا لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم، فقد روى إبراهيم قال: جاء عروة البارقي إلى شريح من عند عمر رضي الله تعالى عنه بخمس خصال، منهن: إذا طلق المريض امرأته ثلاثا ورثته إذا مات وهي في العدة.

وعن الشعبي أن أم البنين بنت عيينة بن حصن الفزاري كانت تحت عثمان بن عفان ﷺ ففارقها بعد ما حوصر فجاءت إلى علي ﷺ بعد ما قتل وأخبرته بذلك، فقال: تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها وورثها منه. وأن عبد الرحمن بن عوف ﷺ طلق امرأته تماضر آخر التطليقات الثلاث في مرضه فورثها عثمان ﷺ وقال: مـــا اتهمته ولكني أردت الـــسنة. وعن عائشة رضي

الميراث ما لم تتزوج.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته في صحته ثلاثًا فجحد ذلك وادعته عليه المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلفه القاضي، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا ميراث لها، وبه نأخذ[1]، وكان ابن أبي ليلى يقول: لها الميراث إلا أن تقر بعد موته أنه كان موته أنه كان طلقها ثلاثًا.

قال: وإذا خلا الرجل بامرأته وهي حائض أو وهي مريضة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لها نصف المهر[2] وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول: لها المهر كاملا.

= الله عنها أن امرأة الفار ترث ما دامت في العدة.

وعن أبي بن كعب ﷺ أنها ترث ما لم تتزوج . وقال ابن سيرين : كانوا يقولون: من فر من كتاب الله تعالى رد إليه ، يعني هذا الحكم ، والقياس يترك بإجماع الصحابة ﷺ إلخ والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الإطلاع فليرجع إلى المبسوط.

(١) وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثًا في صحته فجحد ذلك الزوج وادعته المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلفه القاضي على ذلك فلا ميراث لها منه عندنا ، لوجود الإقرار منها بارتفاع النكاح في حالة الصحة، ولأنها تعلم أن سبب الأرث غير متحقق وهو انتهاء النكاح بالوفاة، وعلى قول ابن أبي ليلى : لها الميراث منه إلا أن يقر بعد موته أنه قد كان طلقها ثلاثا ، لأن الزوج لما حلف وقضى القاضي بقيام النكاح بينهما كان ذلك تكذيبًا منه لها في ذلك الإقرار ، والمقر متي صار مكذبًا شرعا في إقراره يبطل حكم ذلك الإقرار، فلهذا كان لها الميراث إلا أن يقر بعد موته إقررًا مستقبلا أنه كان طلقها ثلاثا ، ولكنا نقول: القاضي بعد يمين الزوج لا يقضي بالنكاح ولا يبطل الطلاق الواقع ولكن يمنعها من المنازعة والخصومة من غير حجة ويبقى ما كان على ما كان فلا يتضمن ذلك الحكم تكذيبها في الدعوى ، ألا ترى أن البينة بعد اليمين لا تكون مقبولة ؟ وإذا تقرر هذا المعنى كان الإقرار السابق منها والموجود بعد موت الزوج في الحكم سواء .

(٢) وفي الهداية : وإن كان أحدهما مريضًا أو صائما في رمضان أو محرما بحج فرض أن نفل أو بعمرة أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر، لأن هذا الأشياء موانع. أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر. وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور، وهذا التفصيل في مرضها وأما صوم رمضان لما يلزمة من القضاء والكفارة. والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء. والحيض مانع طبعًا وشرعًا. قلت: المراد من المانع الشرعي النهي الذي ورد بقول تعالى: ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾ [البقرة:٢٢٢] وأما المانع الطبيعي فهو الدم، لأن طبيعة الإنسان تكرهه وتعافه وفيه تلويث بعض الأعضاء بالدم. وأما المرض العارض لأحدهما فمانع حسي.

وإذا قال الرجل لامرأته: إن ضممت إليك امرأة فأنت طالق واحدة فطلقها فبانت منه وانقضت العدة ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج تلك المرأة التي حلف عليها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا يقع عليها الطلاق من قبل أنه لم يضمها إليها. وبه نأخذ[١] وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق.

قال : وإذا قال الرجل : إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها على مهر مسمى ودخل بها، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: هي طالق واحدة بائنة وعليها العدة ولها مهر ونصف: نصف من ذلك بالطلاق، ومهر بالدخول. وبه نأخذ[٢]. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر بالطلاق وليس لها بالدخول شيء. ومن حجته في ذلك أن رجلا آلى من امرأته فقدم بعد أربعة أشهر فدخل بامرأته، ثم أتى[٣] ابن مسعود ﷺ فأمره أن يخطبها فخطبها وأصدقها صداقها مستقبلا، ولم يبلغنا أنه جعل في ذلك الوطء صداقا. ومن حجة أبي

(١) وفي المبسوط: وإذا قال الزوج لامرأته: إن ضممت إليك أخرى فأنت طالق واحدة فطلقها واحدة وانقضت عدتها ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج امرأته هذه التي حلف عليها، فإنها لا تطلق عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تطلق ، لأن عنده اليمين انعقد صحيحا في الملك، والشرط وجد في الملك أيضا، لأن الشرط ضم امرأة أخرى إليها، وهذا الضم إنما يتحقق إذا اجتمعتا في نكاحه وذلك بعد ما تزوج بها،ولكنا نقول قوله إن ضممت إليك امرأة أخرى بمنزلة إن تزوجت عليك وهذا لأن ضم غيرها إليها إنما يتحقق إذا تزوج الأخرى وهي في نكاحه فأما إذا تزوج الأخرى بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فإنما ضمها هي إلى الأخرى ألا ترى أن الشرع حرم ضم الأمة إلى الحرة في النكاح ولو تزوج أمة ثم تزوج حرة بقي نكاح الأمة صحيحًا بخلاف ما إذا تزوج حرة ثم تزوج عليها أمة.

(٢) قلت: وقد مر مثل هذه المسألة قبل ذلك في هذا الباب ، وليس بينهما فرق إلا أنه ذكرهنا: هي طالق واحدة بائنة ، ولم يذكر هناك: بائنة ،وزاد هنا احتجاجهما لها. وقد ذكرت شرح المسألة وحلها عن المبسوط وفيه كفاية فلا نعيده مرة ثانية.

(٣) روى أبو يوسف فتوى ابن مسعود في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن أنس آلى من امرأته فغاب ثم قدم بعد خمسة أشهر فوقع عليها خرج إلى أصحابه ورأسه يقطر فقالوا: أصبت من فلانة؟ قال: نعم: قالوا : ألم تكن آليت منها؟ قال: بلى . قالوا: نراها قد بانت منك؟ فانطلقوا إلى علقمة فلم يجدوا عنده فيها شيئًا. وانطلق بهم علقمة إلى عبد الله ﷺ فذكروا له أمره وأمرها فقال: أخبرها أنها قد بانت منك واخطبها، ففعل وأصدقها مثاقيل فضة. وأخرجه الحسن بن زياد ومحمد في آثاريهما. قال محمد : وبه نأخذ. ونرى عليه صداقا لوقوعه عليها قبل النكاح الثاني ، وهو قول أبي حنيفة وإبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان ، وأخرجه ابن خسرو أيضا في مسنده من طريق ابن زياد عنه، قلت : ورواه ابن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن علقمة قال: آلى ابن أنس من امرأته فلبثت ستة أشهر فبينما هو جالس في المجلس إذ ذكر فأتى ابن مسعود فقال: أعلمها أنها قد ملكت أمرها إلى آخره، ذكره في الجوهر النقي.

حنيفة ﷺ أنه قال: وقد وقع الطلاق قبل الجماع فوجب لها نصف المهر، وجامعها بشبهة فعليه المهر[١]، ولو لم أجعل عليه المهر جعلت عليه الحد. وقال أبو حنيفة: كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه صداق[٢] لابد من الصداق، إذا درأت الحد وجب الصداق وإذا لم أجعل الصدق، فلا بد من الحد. قال أبو يوسف: حدثني محدث عن حماد عن إبراهيم أنه قال فيه: لها مهر ونصف مهر، مثل قول أبي حنيفة. وإذا قال الرجل لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت الدار، فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى رضي الله عنهما قالا: لا يقع الطلاق[٣]. ولو قال: أنت طالق إن شاء الله ولم يقل: إن دخلت الدار، فإن أبا حنيفة ﷺ قال: لا يقع الطلاق. وقال: هذا والأول سواء. وبه نأخذ.

حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال في ذلك: لا يقع الطلاق ولا العتاق[٤] وأخبرنا عبد الملك بن أبي سليمان[٥] عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا

---

(١) أخرج الطحاوي بسند صحيح عن ابن المسيب أن رجلا تزوج امرأة في عدتها فرفع إلى عمر ﷺ فضربهما دون الحد وجعل لها الصداق. وقال البيهقي: قال مسروق: رجع عمر بن الخطاب ﷺ عن قوله في الصداق وجعله لها بما استحل من فرجها. وفي البحر الرائق ج٣ ص ١٦٩: وإنما وجب المهر في الفاسد بالوطء عملا بحديث السنن: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» ثلاث مرات. فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فصار أصلا للمهر في كل نكاح فاسد بعد حملنا له على الصغيرة والأمة كما قدمناه.

(٢) روى أبو يوسف في أثاره [ص١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه الصداق. وروى محمد عنه في الآثار عن حماد عن إبراهيم قال: إذا دخلت المرأتان كل واحدة على أخي زوجها فوطئت كل واحدة منها، فإنه ترد كل واحدة منهما إلى زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها ولا يقربها زوجها حتى تنقضي عدتها. وروى البيهقي نحو عن على ﷺ .

(٣) قال السرخسي في المبسوط محتجًا لهما: لقوله عليه الصلاة والسلام: « من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه»* ولأن الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عزيمة. قال الله تعالى ﴿ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا ﴾ [الكهف:٦٩]. ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك. والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم، وقد قرنا هذا في الإيمان.

(٤) ورواه في كتاب الآثار أيضا [ص١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله ، فليس بشيء ولا يقع الطلاق. وأخرجه محمد أيضاً في آثاره [ص١٣٧]، ولفظه: أنت طالق ثلاثًا إن شاء الله . قال محمد: وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة.

(٥) هو عبد الملك بن ميسرة أبي سليمان العرزمي الفزاري أبو محمد الكوفي أحد الأئمة. روى عن أنس وسعيد بن جبير، وعنه شعبة والسفيانان وخلق. وثقه ابن معين والنسائي، قال الترمذي: وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحدًا تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث. =

---

* انظر : الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/٧٢)، ونصب الراية (٣/٢٣٤).

يقع الطلاق[١] [وقال ابن أبي ليلى: يقع الطلاق هنا، وكذلك العتاق] [٢].

قال : وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فانقضت عدتها فتزوجت زوجا ودخل بها ثم طلقها ثم تزوجها الأول، فإن أبا حنيفة ﷺ قال: هي على الطلاق كله. وبه نأخذ [٣].

= روى له الخمسة والبخاري تعليقا مات سنة ١٤٥هـ.

(١) وأخرجه في آثاره أيضًا بهذا السند [ص١٣٦]. وروى عن غالب بن عبيد الله عن عطاء أنه قال: إذا قال أنت طالق إن شاء الله ، فلا يقع الطلاق وليس بشيء وأخرج القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي عن محمد عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادة الله، المشيئة خاصة لله تعالى لا يقع به الطلاق، والإرادة يقع به الطلاق. وروى البيهقي [٣٦٠/٧، ٤٦/١٠] عن ابن عمر مرفوعا: «إذا حلف الرجل فقال إن شاء الله فقد استثنى»* . وأخرج أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه» قال الترمذي: حديث حسن. وقد روي موقوفًا. وروى الأربعة إلا أبا داود عن أبي هريرة مثله. ورجاله ثقات.

(٢) قلت: سقط هذا اللفظ من الأصل وزدته من مبسوط السرخسي . قال السرخسي: وهذا لأن الاستثناء إنما يعمل عنده في اليمين بالطلاق وبالعتاق.
وقوله: أنت طالق أو أنت حرة، ليس بيمين ثم قوله: إن شاء الله في مثل هذا إنما يراد به التحقيق ولا يراد التعليق لا من قوله: أنت طالق أو أنت حرة وصف فيليق به معنى التحقيق ولا يليق به معنى التعليق ، ولكنا نقول: قوله إن شاء الله تأثيره في إخراج الكلام من أن يكون عزيمة، والايقاع في هذا والتعليق سواء. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّى فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴾ .

(٣) وفي المبسوط ج٦ ص ٩٥ : وإن طلق امرأته واحدة أو اثنين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وهو قول ابن عباس وابن عمرو وأصحاب عبد الله بن مسعود ﷺ ، وعند محمد وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى هي عنده بما بقي من طلاقها ، وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن الحصين وأبي هريرة رضي الله عنهم ، فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشائخ من الصحابة رضوان الله عليهم، والمشائخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم. وحجة محمد في ذلك أن الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث ، قال الله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ وكلمة حتى للغاية حقيقة ، وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شيء من تلك الحرمة ، لأنها متعلقة بوقوع الثلاث، وببعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلا يكون الزوج الثاني غاية ، لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق ، كما لو قال :
إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلانا حتى أستشير فلان ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا، لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين ، وإذا لم تعتبر كان =

* ورواه الترمذي (١٠٨/٤)، والدارمي (٢٤٢/٢)، وأبو داود (٢٢٥/٣)، والنسائي (٢٥/٧).

وقال ابن أبي ليلى : هي على ما بقي.

باب الحدود

قال أبو يوسف ﷺ: وإذا أقيم الحد على البكر وجلد مائة جلدة، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: لا أنفيه من قبل أنه بلغنا عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه نهى عن ذلك وقال: كفى بالنفي فتنة(١).

وجودها كعدمها. ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقي من التطليقات، فكذلك هنا، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا: إصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالأجنبية في الحكم المختص بالطلاق، كما بعد التطليقات الثلاث. وبيان هذا أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم بإصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعًا وتلتحق بالأجنبية التي لم يتزوجها قط فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك بإصابة الزوج الثاني.

ثم الدليل على أن الزوج الثاني رافع للحرمة لا منه أن المنهي يكون متقررًا في نفسه ولا حرمة بعد إصابة الزوج الثاني، فدل أنه رافع للحرمة ولأن موجب للحل فإنه صاحب الشرع سماه محللا فقال ﷺ «لعن الله المحلل والمحلل له» وإنما كان محللا لكونه موجبا للحل ومن ضرورة أنه يكون رافعا للحرمة. وبهذا تبين أن جعله غاية مجاز، وهو نظير قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغۡتَسِلُواْ ﴾ [النساء: ٤٣] والاغتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للجنابة . والدليل عليه أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا إلى غاية ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها، كحكم زوال الملك لا يثبت موقتا، ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح.

وإذا ثبت أن الزوج الثاني موجب للحل فإنما يوجب حلا لا يرتفع إلا بثلاث تطليقات، وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به. ولما كان رافعا للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلأن يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى، ولأن يمنع بثبوتها إذا اقترن بأركانها أولى إلخ. قلت: وحديث ابن عباس وابن عمر رواه محمد عن الإمام عن حماد عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عتبة عنهما في كتاب الآثار. ثم قال: وبهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة. وأما قولنا : فهي على ما بقي من طلاقها، إذا بقي منه شيء ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومعاذ بن جبل وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة ﷺ وأخرجه ابن خسرو من طريق ابن زياد عنه.

(١) رواه محمد في الآثار وعبد الرزاق في مصنفه [٣١٤/٧، ٢٣٠/٩] عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن علي ﷺ ، وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال: غرب عمر ربيعة بن أميه بن خلف في الشراب إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر ، فقال عمر: لا أغرب بعده مسلما ، ذكره القاري في شرح مختصر الوقاية .

وبه نأخذ(١).

(١) وفي المبسوط ج٩ ص ٤٣: ولا يجمع بين الجلد والرجم ولا بين الجلد والنفي أما في حق البكر فلا يجمع بين الجلد والنفي عندنا إلى أن قال وحجتنا فيه قوله تعالى ﴿ فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ فقد جعل الجلد جميع حد الزنا، فلو أوجبنا معه التغريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على النص، وذلك يعدل النسخ. وروي أن مخدجا سقيما وجد على بطن أمة من إماء الحي يفجر بها، فأتى به رسول الله ﷺ فقال: «اضربوه مائة» فقالوا: إن بدنه لا يتحمل الضرب فقال ﷺ: «خذوا عثكالا عليه مائة شمراخ فاضربوه بها» ولم يأمر بالتغريب ولو كان ذلك حدًا لتكلف له كما تكلف للحد، لأن عمر ﷺ جلد أبا بكرة ﷺ في داره على الزنا وأمر امرأته أن تكتم، فلو كان التغريب متمما للحد لما أمرها بالكتمان، لأن ذلك لا يتصور. وإنما نفى شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال: والله لا أنفي أحدا بعد هذا أبدًا. فلو كان مشروعا حدًا لما حلف أن لا يقيمه . قال علي ﷺ : «كفى بالنفي فتنة» والحد مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حدًا. وعن إبراهيم أن عليا وابن مسعود رضي الله عنهما اختلفا في أم ولد زنت بعد موت مولاها، قال علي ﷺ تجلد ولا تنفى وقال ابن مسعود ﷺ تنفى وأخذنا بقول علي ﷺ لأنه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد.

ومعنى هذا ما ذكره في الكتاب قال: أرأيت شابة زنت أكنت أنفيها؟ أي في نفيها تعريض لها لمثل ما ابتليت به ، فإنها عند أبويها تكون محفوظة ، ففي دار الغربة تكون خليعة العذار ، والنساء لحم على وضم إلا ما ذبّ عنهن. وإنما تبقى المرأة محفوظة بالحافظ والاستحياء ،وذلك ينعدم بالتغريب فيكون تعريضًا لها للإقدام على هذه الفاحشة برفع المانع.

وهذا أولى مما قاله الخصم، لأن ما ينشأ عن الصحبة والمؤانسة يكون مكتومًا ، وما ينشأ عن المواقحة يكون ظاهرًا،فإن في هذا قطعًا لسبب ما ينشأ عن المحادثة وهو مكتوم، ففيه تعريض للزنا بطريق الوقاحة وهو أفحش .

ثم قال: أرأيت أمة زنت أكنت أنفيها فأحول بينها وبين مولاها وبين خدمتها، وحق المولى في الخدمة مرعي وهو مقدم على الشرع؟ وإذا ثبت أن الأمة لا تنفى ، فكذلك الحرة، لأن الله قال: ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ وإذا ثبت أن نصف الحد خمسون جلدة ثبت أن الكمال له مائة جلدة ثم لا يجوز أن تنفى الحرة مع المحرم، لأن المحرم لم يزن فكيف يقام عليه الحد؟ وبدون المحرم هي ممنوعة عن المسافرة شرعا، فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه إبطال ما هو مستحق شرعا.

وأما المهاجرة لا تقصد السفر بغير محرم وإنما تقصد التخلص من المشركين ، حتى لو وصلت إلى جيش لهم منعة في دار الإسلام وأمنت لم يكن لها أن تسافر بغير محرم بعد ذلك .

فأما الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتغريب كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول سورة النور. والمراد بالتغريب الحبس على سبيل التعزير. إلى أن قال: وإن ثبت النفي على أحد فذلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد، كما نفى رسول الله ﷺ هيت المخنث من المدينة ، ونفى عمر ﷺ نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول:

هل من سبيل إلى خمر فأشربها ... أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج

وكان ابن أبي ليلى يقول: ينفى سنة إلى بلد غير بلد الذي فجر به . وروي ذلك عن رسول الله ﷺ وعن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما(١).

قال: وإذا زنى المشركان وهما ثيبان ، فإن أبا حنيفة ﷺ قال: ليس على واحد منهما الرجم . وكان ابن أبى ليلى يقول: عليهما الرجم. ويروى ذلك عن نافع عن ابن عمر ﷺ عنهما عن رسول الله ﷺ «أنه رجم يهوديا ويهودية» (٢)

= فنفاه ، والجمال لا يوجب النفي ، ولكن فعل ذلك للمصلحة ، فإنه قال: وما ذنبي يا أمير المؤمنين ؟ قال: لا ذنب لك وإنما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة منك.

وقول ابن أبى ليلى في النفي كقول الشافعي إلا أنه يقول: ينفى إلى بلد غير البلد الذي فجر فيه، ولكن دون مسيرة سفر، وعند الشافعي لا يكون النفي دون مسيرة سفر.

وقال الحافظ علاء الدين التركماني:

قلت: ما ورد في هذا الباب من النفي محمول على أنه كان تأديبًا لرفع الفساد لا حدًا ، كما ينفي الإمام أهل الدعارة وكنفيه عليه السلام.

وقد ذكر البيهقي في باب من قتل عبده أنه عليه السلام نفى الذي قتل عبده سنة. وروى عبد الرزاق [٣١٢/٧] عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن عمر غرب ربيعة بن أمية في الخمر إلى خيبر فلحق بهرقل. فلما بلغ ذلك عمر قال: والله لا أغرب بعدها أبدًا .

وروى أيضا عن أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: قال عبد الله في البكر يزني بالبكر: يجلدان مائة وينفيان سنة. قال: وقال علي: حسبهما من الفتنة أن ينفيا. ولما لم يكن في حد القذف والخمر تغريب دل على أنه تأديب له لدعارته.

(١) روى الترمذي [٤٤/٤] عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ ضرب وغرب، وأن أبا بكر ضرب وغرب، وأن عمر ضرب وغرب، وحديث النفي رواه أبو هريرة وعبادة بن الصامت رواه البخاري وغيره من أصحاب الصحاح والسنن. وأخرج البيهقي من طريق هشيم عن الشيباني عن الشعبي أن عليًا ﷺ جلد ونفى من البصرة إلى الكوفة ، أو قال من الكوفة إلى البصرة . وروى البيهقي عن أبي بكر وعمر أيضا، وروى البخاري أن عمر كان ينفي من المدينة إلى البصرة أو إلى خيبر.

(٢) ورواه البخاري أيضا من طريق مالك عن نافع، ومن طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر. وأخرجه مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه كلهم عن مالك عن نافع عن ابن عمر، ومسلم أيضا من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر*.

---

* انظر تلخيص الحبير (٦١/٤)، والدراية (١٠٠/٢)، ونصب الراية (٣٣١/٣).

وبه نأخذ (١).

(١) وفي المبسوط ج٩ ص ٣٩: فأما الإسلام شرط في قول علمائنا ، وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط ، وهو قول الشافعي، لحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ رجم يهوديين زنيا، وزاد في بعض الروايات: وقد أحصنا. والمعنى فيه أن هذه عقوبة يعتقد الكافر حرمة سببها فيقام عليه ، كما يقام على المسلم كالجلد والقطع والقتل في القصاص، بخلاف حد الشرب فإنه لا يعتقد حرمة سببه. إلى أن قال: وحجتنا قوله عليه الصلاة والسلام: «من أشرك بالله فليس بمحصن» قلت : أخرجه إسحاق بن راهويه والدارقطني والبيهقي من طريق نافع عن ابن عمر معناه ليس بكامل الحال فإن المحصن من هو كامل الحال، والرجم لا يقام إلا على من هو كامل الحال. والاعتماد في المسألة على الاستدلال بالثيوبة ، فإن الثيوبة بالنكاح الصحيح شرط لايجاب الرجم، ومعـــلوم أن المقصود انكسار شهوته بإصابة الحلال وهذا المقصود يتم بالإصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ، ثم شرط أن يكون بالنكاح فما كان ذلك إلا لاعتبار معنى النعمة. وتبين بهذا أن ما يشترط لاقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة، فكذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو نعمة، وذلك بالإسلام بل أولى، لأن أصل النعمة في الوطء بملك اليمين موجود إنما انعدم نهايتها ،وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقده الكافر، وتأثيره أن الجريمة كما تتغلظ باجتماع الموانع تتغلظ باجتماع النعم، ولهذا هدد الله تعالى نساء رسول الله ﷺ بضعف ما هدد به غيرهن بقوله تعالى: ﴿ يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِ ﴾ [الأحزاب:٣٠] لزيادة النعمة عليهن. وعوتب الأنبياء على الزلات بما لم يؤاخذ به غيرهم لزيادة النعمة عليهم. والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر، فبدن العبد أكثر احتمالا للحد من بدن الحر، فعرفنا أن بزيادة النعمة يزداد تغليظ الجريمة لما في ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة. إلى أن قال: فأما الحديث فإنما رجمها رسول الله ﷺ بحكم التوراة، ألا ترى أنه دعا بالتوراة وبابن صوريا الأعور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الزنا في كتابهم الرجم فرجمها ، وقال : «أنا أحق من أحيا سنة أماتوها» وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمها بحكم التوراة ، ولم يكن سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمهما بحكم التوراة، ولم يكن سنة لإحصـــان شرطا في الرجم بحكم التوراة. وقوله: وقد أحصنا شاذ، ولو ثبت فمراده الإحصان من حيث الحرية ، كما في قوله تعالى:﴿ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ ﴾ [المائدة:٥]قلت: وروى البيهقي من طريق سعيد بن منصور عن عيسى بن يونس عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم الغساني عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية أو نصرانية فسأل رسول الله ﷺ وسلم فنهاه عنها وقال: إنها لا تحصنك .وروى أبو يوسف في الخراج عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه كان لا يرى مشركة محصنة. وروى عن مغيرة عن إبراهيم والشعبي في الحر يتزوج اليهودية والنصرانية =

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة لا تقام الحدود في المساجد[١].

وروي ذلك عن رسول الله ﷺ[٢].

وبه نأخذ[٣]. كان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول: نقيم الحدود في المساجد، وقد فعل ذلك.

= ثم يفجر قالا: يجلد ولا يرجم . وروى عن أبى حنيفة الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: لا يحصن الرجل يهودية ولا نصرانية ولا بأمته.

(١) قلت: وكرر هذه المسألة ، وقد ذكرها قبل ذلك ومر شرحها وفرغنا من تحقيقها إلا أن السرخسي ذكرها في ص ٨٣ ج ٩ في ضمن المسألة ولا يخلو ذكرها عن زيادة فائدة . قال: وهو أي القاضي ممنوع من إقامة الحد فيها «أي في المساجد» لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد»ولحديث حكيم بن حزام ﷺ في حديث فيه طول فلا يقام فيها حد، ولأن تلويث المسجد حرام، وإليه أشار ﷺ في قوله: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم» وإقامة الحد في المسجد ربما يؤدي إلى التلويث.

(٢) قلت: لم أجد من أخرج هذا الحديث من أصحاب مسانيد الإمام وأخرج ابن ماجه من طريق عمر بن دينار عن طاوس عن ابن عباس أن رسول ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد» وروي من طريق ابن لهيعة عن محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن جلد الحد في المساجد*. وروى أبو يوسف في كتاب الخراج عن أشعث عن فضيل بن عمرو الفقيمي عن معقل قال: جاء رجل إلى علي ﷺ فساره فقال: يا قنبر أخرجه من المسجد ، وأقم عليه الحد قال: وحدثنا ليث عن مجاهد قال: كانوا يكرهون أن يقيموا الحدود في المساجد. وروى البيهقي من طريق محمد بن عبد الله بن المهاجر عن زفر بن وثيمة عن حكيم بن حزام قال: نهى رسول الله ﷺ أن يستقاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود (وذكرناه قبل ذلك).

(٣) قلت : وهو قول الإمام محمد أيضا ليس بين أصحابنا في هذا اختلاف قال الإمام أبو يوسف في الخراج : ولا ينبغي أن تقام الحدود في المساجد ولا في أرض العدو إلخ.

---

* رواه الترمذي (١٩/٤). والدارمي (٢٥٠/٢)، والبيهقي (٣٩/٨)، والدارقطني (٨٦/٣)، وابن ماجه (٨٦٧/٢)، وانظر: الدراية (٢٦٥/٢)، ونصب الراية (٣٤٠/٤)، وخلاصة البدر المنير (٣٢٢/٢).

قال أبو يوسف ﷺ : وإذا وطئ الرجل جارية أمه فقال: ظننت أنها تحل لي، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: يدرأ عنه الحد[1] فإذا أقر بذلك في مقام واحد أربع مرات لم يحد وعليه المهر[2]. وبه نأخذ[3] وقال ابن أبي ليلى وأنا أسمع: أقر عندي رجل أنه وطئ

(١) وفي كتاب الخراج ص ٢١١ طبع السلفية: قال أبو يوسف : ومن رفع إليك وقد تزوج امرأة في عدتها فلا حد عليه لما جاء في ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما، فإنهما لم يريا في ذلك حدا ولكنه يفرق بينه وبينها ، وكذلك من رفع إليك وقد فجر بأمة له فيها شقص فلا حد عليه ، وكذلك الذي يطأ مكاتبته ، وكذلك الذي يطأ جارية امرأته أو جارية أبيه أو جارية أمه إذا قال: لم أعلم أنهن يحرمن علي ، فإن قال : قد علمت أن ذلك حرام علي، أقيم عليه الحد. ولا حد على من وطئ جارية ابنه أو ابن ابنه وإن قال: قد علمت أنها حرام عليّ، لما جاء في ذلك عن رسول الله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»* فأما من وطئ جارية أخيه أو أخته أو جارية ذي رحم محرم منه سوى ما سميت فعليه الحد. قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد عن عمير بن نمير قال: سئل ابن عمر رضي الله عنهما عن جارية كانت بين رجلين فوقع عليها أحدهما قال: ليس عليه حد. قال: وحدثنا المغيرة عن الهيثم بن بدر عن حرقوص عن علي ﷺ أن رجلا وقع على جارية امرأته فدرأ عنه الحد. قال: وحدثنا إسماعيل عن الشعبي قال: جاء رجل إلى عبد الله فقال: إني وقعت على جارية امرأتي ، فقال: اتق الله ولا تعد. قال: وحدثنا أشعث عن الحسن في الرجل يقع على جارية أمه قال: ليس عليه حد وجارية الجد والجدة مثل جارية الأم والأب.

(٢) والمراد من المهر العقر، لأن الحد إذا ثبت دفع عنه المهر، وإذا درئ الحد عنه وجب عليه العقر قال في ص٩٧ ج٩ من المبسوط في ضمن مسألة وطء جارية ابن الابن :ولا شيء على الجد من قيمة الأمة ، لأنه لم يتملكها ، وعليه العقر لأن الوطء قد ثبت بإقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية إلخ.

(٣) وبه قال الإمام محمد أيضًا - أفاده السرخسي بقوله: عندنا.

والذي روي أنها قالت : «أتريد أن ترددني كما رددت ماعزا؟» لا يكاد يصح ، لأن ترديد ماعز كان حكما شرعيا فلا يظن بها أنها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض فيما هو حكم شرعي، واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل ، فقد ظهر فيها من التغليظ ما لم يظهر في سائر الأشياء . إلخ والتفصيل فيه. وفي كتاب الخراج ص ١٩٤قال: ومن أتى الأمام فأقر عنده بالزنا فلا ينبغي له أن يقبل منه قوله حتى يردده ، فإذا أتاه فأقر عنده أربع مرات كل مرة يردده فيها ولا يقبل منه،=

* رواه ابن ماجه (٧٦٩/٢)، وابن حبان (١٤٢/٢)، وانظر : الدراية (١٠٢/٢)، وتخريجنا له مطولا في «بر الوالدين» للطرطوشي - بتحقيقنا - ط - العلمية بيروت.

جارية أمه فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. «قال له الرابعة: وطئتها؟ قال: نعم. قال ابن أبي ليلى: فأمرت به فجلد الحد[١].

سأل عنه هل به لمم؟ هل به جنون؟ هل في عقله شيء ينكر؟ فإذا لم يكن به شيء من ذلك فقد وجب عليه الحد. فإن كان محصنًا فالرجم. والذي يبدأ بالرجم في الإقرار الإمام، ثم الناس، وإن كان بكرًا أمر بجلده مائة جلدة. هكذا بلغنا أن رسول الله ﷺ فعل بماعز بن مالك حين أتاه فاعترف عنده بالزنا ، حدثنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة ﷺ قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: إني زنيت ، فأعرض عنه حتى أتاه أربع مرات: فأمر به فرجم، فلما أصابته الحجارة أدبر يشتد فلقيه رجل بيده لحي جمل فضربه به فصرعه ، فذكر للنبي ﷺ فراره حين مسته الحجارة ، فقال: «هلا تركتموه». وقد بلغنا أن النبي ﷺ سأل عن عقل ماعز بن مالك فقال: «هل تعلمون بعقله بأسا؟ هل تنكرون منه شيئًا؟» فقالوا : لا نعلمه إلا وفي العقل من صلحائنا فيما نرى.

(١) وفي المبسوط ج٩ ص ٩١: وابن أبي ليلى رحمه الله اعتبر الإقرار بالشهادة بعلة أنه أحد حجتي الزنا، ثم في الشهادة المعتبر عدد الأربعة دون اختلاف المجالس، فكذلك في الإقرار. وقال في ص ٩٢: وابن أبي ليلى يستدل بهذا الحديث أيضًا(أي حديث إقرار ماعز) ويقول: المذكور عدد الأقارير دون اختلاف المجالس. ولكنا نقول : قد وجد اختلاف مجالس المقر على ما روي أن رسول الله ﷺ طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع، وفي رواية قال: اذهب ويلك فاستغفر الله، فذهب حتى غاب عن بصر رسول الله ﷺ ثم رجع ، فالمعتبر اختلاف مجالس المقر دون القاضي، حتى إذا غاب عن بصر القاضي في كل مرة يكفي هذا لاختلاف المجالس. والذي روى أنه أقر خمس مرات فإنما يجعل ذلك على إقرارين كانا منه في مجلس واحد فكانا كإقرار واحد. وروي أن أبا بكر ﷺ قال له: أقررت ثلاث مرات إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله ﷺ. وفي رواية قال: إياك والرابعة فإنها موجبة. وعن بريد الأسلمي قال: كنا أصحاب رسول الله ﷺ نتحدث أن ماعزا لو جلس في بيته بعد ما أقر ثلاث ما بعث رسول الله ﷺ إليه من يرجمه ، فدل على أن اشتراط عدد الأقارير كان معروفا بينهم. المراد من قوله: «فإن اعترفت فارجمها» الاعتراف المعروف في الزنا، وهو أربع مرات . والصحيح من حديث الغامدية أنها أقرت أربع مرات. هكذا ذكر الطحاوي رحمه الله ، إلا أن الأقارير منها كانت في أوقات مختلفة قبل الوضع ، وبعد الوضع ، وبعد ما طهرت من نفاسها، وبعد ما فطمت ولدها، ولهذا لم تتفق

وأمرت الجلواز[1] فأخذه بيده فأخرجه من باب الجسر نفيًا. فقال أبو حنيفة ﷺ، ليس ينبغي للحاكم أن يقول له: أفعلت ؟ ولا نوجب عليه الحد بإقرار أربع مرات في مقام واحد. ولو قال: وطئت جارية أمي في أربعة مواطن لم يكن عليه حد، لأن الوطء قد يكون حلالا وحرامًا فلم يقر هذا بالزنا[2] ، والله أعلم.

=

الرواية على نقل الأقارير الأربعة في حديثها.

(١) في المغرب : الجلواز عند الفقهاء : أمين القاضي ، أو الذي يسمى صاحب المجلس . وفي اللغة : الشرطي ، والجمع جلاويز وجلاوزة.

(٢) وفي المبسوط ج٩ ص ٩٦: وحكي عن ابن أبي ليلى أنه أقر عنده رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم حتى قال أربع مرات فأمر بضربه الحد. وخطأه أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا القضاء من أوجه: أحدها أن بإقراره بلفظ الوطء لا يلزمه الحد ما لم يقر بصريح الزنا، والثاني وهو أن القاضي ليس له أن يطلب الإقرار في هذا الباب بقوله: أفعلت ؟ بل هو مندوب إلى تلقين الرجوع، والثالث أنه لم يسأله عن علمه بحرمتها وينبغي له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد ما لم يعلم علمه بحرمة ذلك الفعل.

وقع الفراغ بحمد الله عز وجل من التعليق بحوله وقوته ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وكان ذلك وقت العصر يوم الاثنين السابع عشر من ذي القعدة الحرام من شهور سنة ١٣٥٧. وصلى الله على خير خلقه سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم ، وعلى آله وصحبه أجمعين، وسلم تسليما كثيرًا والحمد لله رب العالمين.

فهرس المحتويات